

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الكوفة / كلية الفقه

حق الاختصاص
دراسة فقهية مقارنة

رسالة قدمت إلى مجلس كلية الفقه / جامعة الكوفة
وهي جزء من متطلبات درجة الماجستير في الشريعة والعلوم الإسلامية

تقدم بها الطالب
حيدر حسن ديوان الأسدي

بإشراف
الأستاذ الدكتور عبد الأمير كاظم زاهد

1432 هـ　　　　　　　　　　　　2011م

المحتويات

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاو والسلام على خيرخلق الله محمد واله الطيبين الطاهرين ، وبعد:

ان من يستعرض تاريخ الأمم والشعوب ، ومختلف المجتمعات الإنسانية يجد ان لكل امة او مجتمع أنظمة تضبط تصرفات أفراده وتدبر شؤونه ،وفق مبادئ او قوانين من شانها ان تسهم تنظيم حركة المجتمع،وفق نسق معين.

و لما كان التشريع الاسلامي الهي السمة ،متكامل في اسسه فقد اسس نظاما حقوقيا يتسم بفاعليته الدائمة ، وقد كان الجانب الحقوقي واضح المعالم وهو من جملة المجالات التي اتسمت بهذه السمة بالتشريع الإسلامي ولا سيما على الصعيد العملي .

ففي الجانب المعاملاتي من ذلك بين معالم وأسس حق الملكية اهتم الدارسون لها أيما اهتمام ولكن هناك جانب ادنى مرتبة من الملكية واوسع مجالاً منها لم يأخذ نصيبه من البحث والدراسة الا وهو مصطلح (حق الاختصاص) .

فقد رأى الكثير من الباحثين ان الفقه الغربي (القانون) قد ارسى معالم نظرية الحق خصوصاً ما يتعلق بالقسم المعاملاتي منها ، والحال ان النظرية الحقوقية في التشريع الاسلامي لها جذورها واصالتها وتماسكها ، فضلاً عن استقلالها ، فقد وضعت الحلول المناسبة لكل جزئية من الجزئيات التي تتعلق بهذه النظرية .

ولما كان موضوع حق الاختصاص جزئاً مهماً من هذه النظرية ولم اعثر – في حدود اطلاعي القاصر – على بحث اكاديمي في هذا الموضوع فقد كان سبباً مشجعاً للكتابة فيه ، بعد ان تبين لي ان فرضية البحث تقول : ان هناك كثير ن المصاديق متزلزلة (غير مستقرة) لا على نحو الملكية ولا على نحو الاحقية ، واذا كانت على

نحو الاحقية فضمن اي قسم من اقسام الحق يمكن ان نضعها ؟ ، باعتبار ان الحق سلطنة ثابتة تشمل الملكية والمراتب الادنى منها والتي من ابرزها حق الاختصاص .

وبعد التوكل على الله تعالى واستشارة استاذي العلامة الاستاذ الدكتور عبد الامير كاظم زاهد ، وتشجيعاً من استاذيّ العلامة الدكتور محمود المظفر ، والاستاذ المساعد الدكتور هادي الكرعاوي ، اخترت هذا العنوان (حق الاختصاص دراسة فقهية مقارنة) ، وقد اقتضت طبيعة الموضوع ان يقسم على ثلاثة فصول مسبوقة بفصل تمهيدي بعنوان : (التعريف بحق الاختصاص وتميزه عن بعض المصطلحات)

وتناولت في الفصل الاول : (الاسس العامة لحق الاختصاص) ، وانقسم على خمسة مباحث درست في المبحث الاول : الرؤية القرآنية لحق الاختصاص بالانتفاع .

والمبحث الثاني حديث السبق .ودرست في المبحث الثالث حديث الشركة ، و اما المبحث الرابع : التحجير ، وفي المبحث الخامس : الاقطاع .

اما الفصل الثاني :(موارد حق الاختصاص) ، فقد قسمته على ثلاثة مباحث مسبوقة بتوطئة .درست في المبحث الاول : المؤسسات العامة المرصدة للنفع العام .

وفي المبحث الثاني : (المباحات الاصلية) ، وفي المبحث الثالث فكان في:(ورود حق الاختصاص على بعض الحقوق المستحدثة) .

وتضمن الفصل الثالث : (احكام حق الاختصاص) ، في اربعة مباحث ، درست في الاول : (حكم المزاحمة و اثرها) وكان المبحث الثاني : (المعاوضة على حق الاختصاص) .

ودرست في المبحث الثالث : (رهن ما فيه حق الاختصاص ووراثته و انتهائه)،واما المبحث الرابع: زراعة الاعضاء (الترقيع الجلدي) .

وفي الختام احمد الله الذي وفقني لانجاز هذا البحث فما كان فيه من صواب فهو بتوفيق منه تعالى وبفضل توجيهات استاذيّ العلامة الاستاذ الدكتور عبد الامير زاهد ، و ما كان فيه من خطأ فهو مني ، وما توفيقي الى بالله سبحانه ، اسأله ان يغفر زلتي ، ويقيلني عثرتي ، والحمد لله رب العالمين

الباحث



الفصل التمهيدي

التعريف بحق الاختصاص وتمييزه عن بعض المصطلحات :

المبحث الاول: تعريف الحق

المبحث الثاني: تعريف حق الاختصاص

المبحث الثالث:التمييز بين حق الاختصاص وبعض المصطلحات

المبحث الأول : تعريف الحق

يمكن بيان مفهوم الحق في هذا المبحث وفق مطالب :

المطلب الأول : تعريف الحق في اللغة :

قال الجوهري : ((الحق خلاف الباطل ، والحق واحد الحقوق ، الحقه اخص منه،يقال: هذه حقتي أي : حقي) [1].

والحق يطلق في اللغة على المال والملك والموجود الثابت ، ومعنى حق الامر :وجب ووقوع بلا شك ،وهو من اسماء الله تعالى او من صفاته ، والقران ، وضد الباطل،والامر المقضي والعدل ، والاسلام ، والصدق ، والموت والعزم[2] .

وفي لسان العرب : الحق نقيض الباطل ، والثبوت والوجوب والاحكام والتصحيح واليقين والصدق[3] . وهو ايضا : الثابت الذي لا يسوغ انكاره[4] .

وقال الراغب : اصل الحق المطابقة والموافقة [5].

مما تقدم يتضح ، ان للحق في اللغة معان عديدة ، منها :

. العدل ، وقال تعالى : ((بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ)) [6] .

. كما انه يطلق على الصدق و والموت ، والحزم والملك ، والبيّن والواضح .

. ويطلق ايضا على الحصة ، والحظ ، والنصيب ، ومنه قوله تعالى ((وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ)) [7].

---

[1] الجوهري : أبو النصر إسماعيل بن حماد ، الصحاح ، تحقيق : احمد بن الغنور عطار ، دار العلم للملايين ، ط4، بيروت، 1407هـ ، 1460/2.

[2] الفيروز آبادي : محمد بن يعقوب بن محمد الشيرازي ، القاموس المحيط ، دار احياء التراث العربي ، ط1، بيروت ، 1412هـ ، 321/1.

[3] ظ: ابن منظور ، محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ، تحقيق : عامر احمد دار الكتب العليمة ، ط1، بيروت ، 1426هـ ، 10/49-50.

[4] الجرجاني : علي بن محمد بن علي الحسيني ، التعريفات ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ط1، 2003، ص67.

[5] الراغب الأصفهاني : المفردات في غريب القران ، ص130.

[6] سورة الأنبياء : 18.

[7] سورة المعارج : 24.

. وكثير من معانيه تدور . في الغالب . حول معنى (الثبوت و الوجوب ، قال تعالى ((لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ)) [1] اي وجب الوعيد واستحقاق العقاب عليهم[2]،ومنها قوله تعالى : ((وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا)) [3] أي الامر الموجود الثابت .

وخلاصة القول : ان اصل الحق هو المطابقة والموافقة ولم تخرج استعمالاته عن معاني الوجوب والثبات واللزوم .

المطلب الثاني : تعريف الحق في الاصطلاح :

تعددت استعمالات الفقهاء للفظة الحق ويمكن ان يكون هذا الاستعمال في مصنفين[4] :

أولاً : المعنى العام :

الذي يشمل كل ما يثبت للشخص من ميزات او سلطات ، سوا كان الثابت ماليا ام غير مالي .

وقد عرف الحق بسبب هذا المفهوم ، بانه : (الموجود من كل وجه لا ريب في وجوده)[5] . وهذا قريب من معناه اللغوي فهو اوسع من الاطلاق الفقهي له ، إذ من الواضح الواضح دخول كل الموجودات حتى التكوينية مما لا علاقة للفقه بها[6] .

قال السيد بحر العلوم (ت :1326هـ) : (قد يطلق الحق على عنوان عام شامل لكل ما جعله الشارع المقدس بالجعل التاسيسي والامضائي ، وهو بهذا الاطلاق عباره عن التحقق والثبوت ويشمل الحكم الشرعي تكليفا وامضاءا) [1].

---

[1] سورة يس : 7.

[2] الطبرسي ، أبو علي الفضل بن الحسن ، مجمع البيان في تفسير القرآن ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، ط1، بيروت ، 1415هـ ، 1995م، 650/7.

[3] سورة الإسراء : 81.

[4] علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، ط1، القاهرة ، 2001، ص ، و ظ : السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، منشورات الحلي ، ط1، 1998، بيروت ، 2/ .

[5] البزدوي ، عبد العزيز بن احمد بن محمد البخاري ، كشف الاسرار ، تحقيق : عبد الله محمود احمد ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1400هـ ، 132/4.

[6] السيد عدنان البناء ، الحكم والحق بين الفقهاء والأصوليين ، مطبعة الغري الحديثة ، ط1، النجف الاشرف ، 1976، 1976، ص149.

وهذا يعني بقاء المفهوم العام للحق في معناه اللغوي الواسع .

ثانيا – المعنى الخاص :

عرف فقهاء المذاهب الاسلامية الحق وفق المباني التي يعتمدون عليها ، فقد اطلق جمهور الفقهاء الحق : على العلاقة التي تقوم بين الانسان والشيء بحيث لا تعطيه سلطة التصرف الكامل وسمي ذلك بالاختصاص او حق الاختصاص[2] .

ولغرض التعرف على آراء المذاهب الاسلامية في تعريف الحق ، في شيء من التفصيل يمكن ذلك بالاتي :

اختلفت كلمات فقهاء الامامية في تعريف الحق ، فمنهم من يرى ان الحق سلطنة واخر اعتبره مرتبة ضعيفة من الملك .

فقد عرفه الشيخ الانصاري بقوله : (الحق سلطنة لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف الملك)[3].

وذهب صاحب البلغة إلى تعريف الحق بانه : سلطنة مجعولة للانسان من حيث هو على غيره ولو بالاعتبار ، من مال او شخص او هما معا ، وهو اضعف من مرتبة الملك ، او اول مرتبة من مراتبه المختلفة في الشدة والضعف[4] .

وعرف صاحب التعليق على البلغة السيد محمد تقي آل بحر العلوم بقوله : (الحق : سلطنة مجعول ومامها بيد ذي الحق، فله القدرة على الاعمال والاسقاط) [5].

من الواضح ان السلطنة اثر ثبوت الحق ، وليس هي الحق نفسه ، فحين يثبت الحق في شيء يكون لصاحب الحق سلطنة على استيفائه او اسقاطه[6] .

اما السيد اليزدي فقد عرفه بانه : (مرتبة ضعيفة من الملك) [1] .

---

[1] السيد محمد بحر العلوم ، بلغة الفقيه ، شرح وتعليق : السيد محمد تقي آل بحر العلوم ، مكتبة الصادق(عليه السلام) ، ط4، طهران ، 1403هـ – 1984م، 27/1.

[2] د. عبد السلام العبادي ، نظرية الحق بين الشريعة والقانون ، مجلة رسالة التقريب ، العدد الثاني ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، 1993، ص75.

[3] الشيخ مرتضى بن محمد امين الانصاري ، كتاب المكاسب ، تحقيق : لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم ، مطبعة الباقري ، ط1، قم ، 1415هـ ، 4/3.

[4] السيد محمد بحر العلوم ، بلغة الفقيه : 13/1.

[5] ظ: السيد محمد بحر العلوم ، بلغة الفقيه ، 29/1.

[6] السيد عدنان البكاء ، الحكم والحكم ، ص154.

وقد فسر المحقق الأصفهاني (ت: 1361 هـ) الحق في ثلاثة معان هي[2] :

المعنى الأول :

ان الحق بمعنى السلطنة ، المراد من السلطنة الاعتبارية لا السلطنة التكليفية الراجعة إلى مجرد جواز الفسخ والامضاء ، او جواز الملك من المشتري في الشفعة واشباه ذلك .

وقد رد الآخوند الخراساني (ت : ـ هـ) على ذلك : بان السلطنة من احكام الحق لانفسه ، فلا سلطنة للقاصر على التصرفات مع كونه ذا حق شرعاً[3] .

المعنى الثاني :

ان الحق هو الملك ، ولذا عبر عن حق الخيار بملك الفسخ والازالة ، وقد يورد : بان الملك ملزوم للسلطنة المطلقة ، مع ان الحق سلطنة خاصة على تصرف خاص .

وقد عقب على كون الحق بمعنى الملك فقال : ((فاتضح ان جعل الحق مفهوما او مصداقا بمعنى الملك لا مانع فيه)) [4] .

الا انه استدرك عن هذا المعنى وعدم انطباقه على حق الاختصاص في كونه ليس من الملك فقال : ((لكن الحق ربما يضاف الى شيء يكن له اعتبار الملك شرعا . كحق الاختصاص بالخمر التي كانت خلاً ، ..... فيعلم منه ان الحق ليس بمعنى الملك ، اما كلية او في خصوص هذه الموارد) [5] .

المعنى الثالث :

---

[1] السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي ، حاشية المكاسب ، مؤسسة اسماعيليان ، ط1، قم ، 1378هـ.

[2] الشيخ محمد حسين الأصفهاني ، حاشية المكاسب ، تحقيق الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي ، مؤسسة ذوي القربى ، ط2، 1427هـ ، 42/1.

[3] الشيخ محمد كاظم الاخوند الخراساني ، حاشية كتاب المكاسب ، تعليق : السيد عهدي شمس الدين ، الارشاد الاسلامي ط1، قم ، 1406هـ ، ص4.

[4] الحاشية على المكاسب : 42/1.

[5] المصدر نفسه.

ان ليس له معنى واحد في كل مورد ففي جملة من الموارد توجد هناك اعتبارات خاصة لها اثارها الخاصة ، و لتكن تلك الاعتبارات هي الحق بلا حاجة إلى افتراض اعتبار اخر وهو اعتبار سلطنة او ملك لترتيب تلك الاثار عليه[1] .

من الواضح ان المعنى الاخير يمكن الاخذ به ، لأختلاف كل مورد من موارد الحقوق من حيث اسباب نشوئه وطبيعته سوا كانت عقديه او اختصاصية او غير ذلك ، فلا معنى لحصر مفهوم الحق بمعنى واحد وهذا ما يتضح في الحديث عن حق الاختصاص .

فحق الولاية ليس الا اعتبار ولاية الحاكم وكذلك حق التولية وحق النظارة بل كذلك حق الرهانة ، وحق الاختصاص ليس الا نفس اعتبار اختصاصه به قبال الاخر من دون اعتبار ملك او سلطنة له واثر الاولوية والاختصاص عدم جواز مزاحمة الغير له [2].

إلا ان من الحقوق التي دل عليها دليل من اعتبار السلطنة فيه كحق القصاص ، قال تعالى : ((قَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا)) [3] أي سلطنة . بحسب التشريع . على القصاص واخذ الدية ، او العفو [4].

ويرى السيد الخوئي ان الحق : (الحكم القابل للاسقاط) [5].

وقال أيضاً: (فالصحيح ان يقال ان الحق لا يغاير الحكم بل هو حكم شرعي اختياره بيد من له الحق فله اسقاطه) [6] .

واستدل على ما ذهب اليه من ان ليس هناك فرقا بين الجواز الحكمي غير القابل للاسقاط في جواز قتل الكافر تكليفا وبين الجواز الحقي في جواز قتل الجانبي قصاصا ، وهكذا لا فرق في جواز رجوع الواهب واضعا وجواز رجوع من له الخيار في البيع ، مع ان الأول حكمي والثاني حقي[7] .

---

[1] الحاشية على المكاسب ، 42/1.

[2] الحاشية على المكاسب ، 42/1.

[3] سورة الإسراء : 33.

[4] ظ: الطبرسي،مجمع البيان ، 248/6، وظ:السيد محمد حسين الطباطبائي ،الميزان في تفسير القرآن ، 8/15

[5] السيد علي الحسيني الشاهرودي ، محاضرات في الفقه الجعفري ، تقرير الابحاث السيد الخوئي ، مطبعة الاداب ، ط1، 1484هـ - النجف الاشرف ، 21/2 .

[6] ظ1: المصدر نفسه.

[7] المصدر نفسه.

يبدو ان الراجح في معنى الحق هو ما ذهب اليه المحقق الاصفهاني ان ليس للحق معنى واحد في كل مورد اذ ان لكل مورد من موارد الحق اعتبارات خاصة وكذلك الاثار ، لكن بالامكان ان تندرج هذه الموارد تحت السلطنة،كما هو الحال في حق الملكية ، او ما هو اضعف منها كحق الاختصاص وبقية الحقوق .

ويطلق الاحناف والزيدية لفظ الحق في مقابل الملك عندما يكون هناك اختصاص يسوغ لصاحبه بعض التصرفات على محله دون ان يكون له التصرف الكامل فيه[1] .

وفي هذا المعنى عرفه ابن نجيم بقوله : (عبارة عما يختص به الانسان انتقاعاً وارتفاقاً لا تصرفاً كاملاً ، كطريف الدار ، ومسيل الماء ، والشرب ومشاع الطريق،فانه قد ينتفع بمسيل مائه على سطح جاره وبطريق داره ، ولو اراد ان يتصرف بالتمليك فيه بيعا او هبة او نحوهما لا يمكنه ذلك)[2] .

وعرنه اخر بانه : (ما يستحقه الرجل) [3] .

وهو تعريف غير جامع ولا مانع بالاضافة إلى انه يكتنفه الغموض لعموم لفظ ((ما)) وما يلزم فيها من دور [4] .

وعرف ايضا : الحكم الثابت شرعاً[5] .

وعرفه الزرقا بانه : (اختصاص يقرر به الشرع سلطة او تكليفا) [6].

ويتميز التعريف الأخير عن التعريفات السابقة بانه ابان ذاتية الحق بانه : علاقة اختصاصية بشخص معين كحق البائع بثمن يختص به وحق المشتري في المبيع يختص به ، فان لم يكن هناك اختصاص باحد كان اباحة عامة[7] .

---

(1) رسالة التقريب ، العدد (2) 1993، نظرية الحق بين الشريعة والقانون ، د. عبد السلام العبادي ، ص79.

(2) د. عبد السلام العبادي ، الملكية ، 150/1، عن الحاوي القدسي .

(3) زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم المصري الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1997م، بيروت ، 227/6.

(4) ظ: د. علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، ط1، 1990، بيروت ، ص2.

(5) الشيخ عبد الحليم اللكنوي ، حاشية قمر الاقمار على شرح المنار ، عن العبادي الملكية : 150/1.

(6) المدخل إلى نظرية الالتزام ، ص10.

(7) د. عبد الستار حامد الدباغ ، نظرية الحق في الفقه الاسلامي ، مركز البحوث والدراسات الإسلامية ، ط1، بغداد، 2008م، ص31، و ظ : د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، 9/4.

وقد شمل هذا التعريف انواع الحقوق الدينية كحق الله على عباده من صلاة وصيام ونحو هما ، والحقوق الادبية كحق الطاعة للوالد على ولده ، وللزوج على زوجته ، والحقوق العامة كحق الدولة في ولاء الرعية لها ، والحقوق المالية وغير المالية[1] .

وايضا عرفه الخفيف بتعريف اخر بانه : (مصلحة مستحقة) [2].

وبما انه مصلحة مستحقة . بحسب تعريف الخفيف . فانه لا يشمل الاعيان المملوكة ؛ لان الاعيان اشياء مادية لها وجود وليس مصلحة مستحقة ، ولذلك يذكر بعض الفقهاء الحقوق في مقابل الاعيان ؛ لان ما ليس عيناً ليس له قيام مستعملة وانما يعرف بالاضافة إلى غيره والاختصاص به ، فيطلق عليه اسم الحق نظرا لهذا الاختصاص[3] .

ويلاحظ ان اطلاقات الفقهاء للحق كانت مختلفة ومتعددة ، فقد اطلقوا الحق على الحقوق المالية وغير المالية ، والالتزامات التي تترتب على العقد[4] ، والارزاق التي تمنح للقضاة وغيرهم من بيت مال المسلمين مثل قولهم : (من له حق ديوان الخراج كالمقاتلة والعلماء وطلبتهم و المفتين والفقهاء يفرض لأولادهم تبعاً ولا يسقط بسقط بموت الاصل ترغيباً ً [5].

وكذلك يطلق الحق في اصطلاح الفقهاء على اخر ذا وجود خارجي ظاهر كحق السكني وحق المرور[6].

وقد يطلق الحق في كثر من الاحيان على حق الله وهو يعني امر الله ونهيه ،أي الخطاب نفسه[7].

---

[1] ظ: و. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلاوي وادلته ، دار الفكر ، دمشق ط3، 1416هـ ، 9/4.

[2] الحق و الذمة ، ص36.

[3] الشيخ محمد عبد الرحيم الكشكي ، التركة وما يتعلق بها من حقوق ، دار النذير ، ساعدت جامعة بغداد على نشره ، ، ط1، 1967 ، بغداد ص50.

[4] ظ: علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، ص14.

[5] ابن نجيم ، الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، الاشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، وضع حواشيه حواشيه : الشيخ زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت 1419هـ – 1999م، 121.

[6] علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، ص13.

[7] القرافي ، أبي العباس احمد بن إدريس الصنهاجي ، الفروق أو انوار البروق في انواء الفروق ، دار الكتب العلمية ، ، ط1، 1998م، بيروت ، 140/1

وعلق عليه : ما تقدم من ان حق الله تعالى امره ونهيه مشكل بما في الحديث الصحيح من رسول الله صلى الله عليه واله وسلم انه قال : ((حق الله تعالى على العباد ان يعبدوه ولا يشركوا به شيئا)) [1] ، فيقتضي ان حق الله تعالى على العباد نفس الفعل لا الامر به[2] .

ولم يذهب ابن الشاط (ت : 723 هـ) في حاشيته على الفروق إلى اطلاق حق الله تعالى على امره ونهيه ، وبين ان حق الله متعلق امره ونهيه ، وهو عبادته ، فحق الله فعل الانسان لا غير [3].

ويبدو للباحث ان الحقوق هي اثر خطاب الشرع ، قال تعالى:((إِنِ الْحُكْمُ إِلاَّ لِلَّهِ))[4]، فما اثبته التشريع حقا فهو حق ، وما عدا فليس بحق ، وكان يمكن الا يجعل الله للعبد حقا اصلا .

ثم لن كل الحقوق حتى حق العبد هو حق الله وحده بادئ ذي بدء ، فكل تكليف حق الله ، فان ما هو لله فهو لله ، وما كان للعبد فراجع إلى الله من جهتين : من جهة حق الله فيه ، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله[5] .

ويتبين ان وضع تعريفات للحق تدور معظمها حول معاني المصلحة ولاختصاص ، والثبوت ، والوجوب ، باعتبار ان الحق يتحول مصلحة للفرد ويختص بها وحده دون غيره، وتثبت له وتكون له واجبة ، خاصة ، اذا تعلق الوجوب في حق الله تعالى[6] .

وتتضح ايضا ان الاستعمال الفقهي للحق الناشئ من الاساس اللغوي يبين ان ماهمية الحق تطلق على كل ما هو ثابت ثبوتا شرعيا واي بحكم الشارع واقراره،وكان له بسبب ذلك

---

[1] صحيح البخاري ، 218/7

[2] القرافي ، الفروق ، 142/1

[3] ظ: إدراك الفروق على انوار الفروق ، 141/1

[4] سورة الانعام : 57

[5] ظ: الشاطبي ، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي ، الموافقات في أصول الشريعة ، دار الكتب العلمية ، ط7، 2005، بيروت ، 317/2

[6] ظ: مصطفى الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام ، ص11، وعلي الخفيف ، ظ: مصطفى الزرقاء ، المدخل إلى نظرية نظرية الالتزام ، ص11، و علي الخفيف احكام المعاملات الشرعية ، ص28.

حمايته سواء اثبت هذا الحق لشخص من الاشخاص ام لعين من الاعيان،وسواء اكان هذا الحق ممثلا حق الاختصاص ام لملك[1] .

والظاهر من استعمال الفقهاء ان الحق لا يقتصر على المصلحة ، لان من تتبع استعمالهم للحق يجد انهم استعملوه في كل ما هو ثابت باقرار الشارع وحمايته ، فاطلقوه على المال وهو عين ، واطلقوه على المنفعة ، واطلقوه على المصلحة سوا كانت مالية او ادبية ، كما اطلقوه على ما فيه معنى الاختصاص ، كمرافق العقار كحق الشرب والمجرى والمسيل والتعلي[2].

كما ان اطلاق بعضهم على الحق في تعريفهم له بانه : (اختصاص حاجز) يكشف عن اهم خصيصة للحق بمعناه العام ، لان الاختصاص جنس في التعريف ،وهو جوهر كل حق[3].

فقد اتجهت كثير من النظريات الحديثة إلى تعريف الحق استنادا إلى عنصر الاستئثار (الانتماء . الاختصاص) والذي يقصد به : اختصاص شخص بمال او بقيمة معينة ، على سبيل التخصيص والانفراد [4].

ومما تقدم يتبين : ان الحق مصطلح متدرج المستويات الا ان جوهره الاختصاص .

المبحث الثاني : تعريف الاختصاص

المطلب الأول : تعريف (الاختصاص) لغة :

الاختصاص وزن افتعال . مصدر اختص معناه تفرد الشيء بما لا يشاركه فيه غيره مما يتحد معه في العنوان[5] وضده العموم والتعميم[6] .

واصل الاختصاص من خص الشيء يخصه خصوصا وخصوصية بمعنى التفريج والتخليل والتخريق[7] ، وهذا المعنى قريب إلى معنى التفريق الذي يلزم منه افراد بعض الشيء عن بعضه .

---

[1] علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، ص9.

[2] الشيخ محمد عبد الرحيم الكشكي ، التركة وما يتعلق بها من الحقوق ، ص51.

[3] د. عبد السلام العبادي ، الملكية في الشريعة الإسلامية : 145/1.

[4] د. محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة ، ط1، الاسكندرية ، 2009م، ص15.

[5] ابن منظور ، لسان العرب : 109/4.

[6] ظ: الفيروز آبادي ، القاموس المحيط : 441/2، و ظ: الراغب الأصفهاني المفردات ، 149.

[7] ظ: الفراهيدي ، معجم العين : 132/4-135.

والخـاء والصـاد اصـل مطـرد منقـاس وهـو يـدل علـى الفرجـة والثلمـة ، ومـن باب:خصصت فلانا بشيء خصوصية . بفتح الخاء . وهو القياس ، لانه اذا انفرد واحد فقد اوقع فرجة بينه وبين غيره ، والعموم بخلاف ذلك [1].

واختص يأتي لازما ومتعديا ، فالاول بمعنى ثبت له الاختصاص ، والثاني بمعنى اثبته له، ويستعمل تخصص في معنى اللازم ، وخصص في معنى المتعدي ومصدرها التخصص والتخصيص[2] .

وهذا يعني ان الاختصاص مرة يكون بمعنى الثبوت ، واخرى يكون بمعنى الاثبات، أي: ثبوت الشيء . مثلا . لفلان ، او اثباته له نتيجة لمسوغات تؤيد وتوكد هذا الاثبات .

والملاحظ ان من سمات الاختصاص في الاستعمال اللغوي هو : الحصر الحبس والمنع[3] ، والاختصاص اعطاء الحكم للشيء و السكوت عما عداه ، وما عليه الاكثر :ان الاختصاص هو الحصر نفسه ، لانه يفيد معناه ، والاختصاص يستدعي الرد على مدعي الشركة ، بخلاف الاهتمام فانه للتبرك لا للرد[4] .

كذلك من سمات الاختصاص الانفراد ، والتعين خصوصا من حيث الاضافة[5] .

المطلب الثاني : تعريف الاختصاص في الاصطلاح الفقهي :

يطلق لفظ الاختصاص في اصطلاح الفقهاء على معان عدة ، منها :

أولا : يطلق ويراد به الصفة المنتزعة في طول تعلق الحكم بموضوعه أو متعلقة دون غيرهما ، فيقال مثلا . وجوب القصر مختص بالمسافر دون المقيم وبصلاته الرباعية دون الثنائية أو الثلاثية [6].

---

[1] ظ: ابن فارس ، احمد بن زكريا الرازي ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، دار احياء التراث العربي ، ط1، القاهرة ، 1366هـ ، 1522/2-153.

[2] الفيروز آبادي : القاموس امحيط ، 241/2.

[3] ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة : 72/2.

[4] أبو البقاء ، ايوب بن موسى الحسيني الكوفي ، الكليات ، معجم المصطلحات والفروق اللغوية ، اعده للطبع،د. عدنان درويش ومحمد المصري ، ط2، القاهرة ، 1413هـ-1992م.

[5] ظ: أبو هلال العسكري ، الفروق اللغوية ، ص27، و ظ: معجم مقاييس اللغة ، 27/2، الشريف الجرجاني ، التعريفات ، ص77، والجوهري ، الصحاح : 1588/2، والشيخ فخر الدين الطريحي ، مجمع البحرين ،287/6.

[6]المقدس الاردبيلي،مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الاذهان ، مؤسسة النشر الاسلامي ، ط4، 1424هـ ، قم 345/3.

فهذا الاختصاص ليس حكما أخر ولا موضوعا أو متعلقا لحكم وأنما هو شأن من شؤون ذلك الحكم ، ولا علاقة له بحق الاختصاص المبحوث عنه .

ثانياً : وقد يطلق ويراد به مطلق العلقة الكائنة بين الشخص والشيء فيكون هذا المعنى جامعا يعم الملكية واي مستوى للحق ، كأن يقال : ان السماع المستفيض بكون الشيء لشخص يدل على الاختصاص المطلق المحتمل للملك وغيره[1] .

ومثل هذا النحو من الاختصاص ما يعبر به عن لام الاختصاص مثل قولهم : (لك هذه الدار عارية) ، قوله ((هي لك)) اقرار بالملك لو اقتصر عليه ، فذكر العارية بعده ينافيه ، فيكون القولين في تبعيض الاقرار[2] .

ورد عليه بان الاضافة باللام تقتضي الاختصاص بالمالك او غيره فان تجرد وأمكن الحمل على الملك ، يحمل عليه ، لانه أظهر وجوه الاختصاص وان وصل بها ذكر وجه اخر للاختصاص[3] وهو حق للاختصاص.

وقد فسرت عليه (على اهلها) في قوله تعالى ((يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا)) [4] ، المراد من (على اهلها) المقيمون في الدار سوا كانت ملكا او اجارة او اعارة وقد دل عليه قوله (غير بيوتكم) ، والمراد اختصاص السكني أي غير بيوتكم التي تسكنوها ، لان كون الاجير والمعير منهيين كغيرهما من الدخول بغير اذن دليل على عدم ارادة الاختصاص الملكي[5].

---

(1) الشهيد الثاني ، زين الدين بن علي العاملي ، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ، مؤسسة المعارف الإسلامية ، ط1، قم ، 1416هـ ، 233/4.

(2) النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف الدمشقي ، روضة الطالبين ، تحقيق : عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط3، 1427هـ ، 50/4.

(3) العلامة الحلي ، الحسن بن يوسف بن المطهر ، تذكره الفقهاء (القديمة) ، منشورات المكتبة الرضوية لاحياء الآثار الجعفرية ، د. ت ، و . ظ.

(4) سورة النور : 29.

(5) ظ: الالوسي شهاب – الدين السيد محمد البغدادي ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، تحقيق : علي عبد الباري عطية ، دار الكتب العلمية ، ط2، بيروت ، 1426هـ –2005م ، 395/13.

وقد نتج عن هذا النحو المذكور تقسيم الاختصاص من الفقهاء إلى :

1. الاختصاص الملكي .
2. الاختصاص الانتفاعي.

والاثر الذي يحصل من هذا التقسيم انه لو اقر انسان بعدم مالكية ما في يده او قامت البينة على ذلك فهل يسقط الاختصاص الملكي عن الاعتبار ام الانتفاعي ؟

اختار الشيخ ضياء الدين العراقي (ت : 1361هـ) بقاء الاختصاص الذي يكون اقل مرتبة من الملكي ، وذلك (لعموم امارية اليد لجميع مراتب الاختصاص التي اعلاها الاختصاص الملكي ، فبالاقرار او البينة على نفي الملكية ترفع اليد عن ظهورها في الاختصاص الملكي به، ويؤخذ بظهورها في بقية مراتب الاختصاص)[1]، والتي منها حق الاختصتص.

وكذلك قوله ((ع)) لرجل : ((انت ومالك لأبيك))[2] فانه نوع من الاختصاص .

قال المحقق الاصفهاني : ((اختصاصهما . أي الابن والمال . بالاب اما ينحو المالك، او بعنوان الولاية ، او بنحو السلطنة على الانتفاع به وبماله ، فان اللام قابلة لكل منها ، ومن البين عدم ارادة الأول ، بداهة ان رقبة الولد غير مملوكة لأحد ..... فالاختصاص بوجه غير الاختصاص الملكي)[3].

كذلك اختلف في نوع الاختصاص في قوله ((ع)) : ((ما ترك الميت فهو لورثته))[4] قال الاشتياني (ت : 1319هـ) : ((الاختصاص المراد من الرواية[5] ليس هو الاختصاص الملكي بل الاختصاص الانتفاعي))[6].

يبدو ان الاستعمال المذكور للاختصاص بقسمية الملكي والانتفاعي نشأ نتيجة إلى عدم وضوح الدال على العلاقة ، وانه بصدد الكشف عن اية من العلقتين . أي الملكية والحق

---

[1] الشيخ محمد تقي البروجردي النجفي ، نهاية الأفكار ، تقريرا لابحاث الشيخ ضياء الدين العراقي ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم المقدسة ، 34/4، د. ط ، د. ت.

[2] الحر العاملي ،وسائل الشيعة ، تحقيق مؤسسة آل البيت (ع) لاحياء التراث ، باب 78، من أبواب ما ينكسب به حديث 9.

[3] الشيخ محمد حسين الأصفهاني ، حاشية كتاب المكاسب ، 373/2-374.

[4] مسند احمد : 296/3.

[5] ظ: وسائل الشيعة : -/- باب 78، من أبواب ما يتكسب به حديث 9.

[6] الشيخ محمد حسين الاشتياني ، كتاب القضاء ، دار الهجرة ، ط1، 1404هـ ، ايران ، قم ، 233.

ـ فيثبت بموجبه القدر المشترك بينهما، بحيث تترتب عليه الاثار المشتركة ، والا فان هذه العلاقة المجعولة بين الملك والحق او الانتفاع تكون اما نحو من السلطنة على الشيء والتصرف فيه ، او سلطنة تعطي نوعا من بعض التصرفات بما يناسب طبيعة الحق او الانتفاع .

ثالثاً : قد يطلق لفظ الاختصاص ويراد به الحق الذي يجعله الشارع للمكلف في شيء اما بسبب ايجاد عمل فيه نحو تحجير الأرض والسبق إلى إلى المكان العام ، اولا سبب كالاقطاع الذي يخص به الامام بعض الناس ، و لذلك فان معنى التحجير : منع الغير من الاحياء بوضع علامة كحجر او التحويط بحائط او نصب المروز على الجوانب ، وهو يفيد الاختصاص لا التمليك[1] .

وهذا يعني (ان اساس تحصيل حق الاختصاص في في المباح ان يبذل عمل منظم مقصود لاستغلال مورد معطل عن الانتفاع مما لم يتعلق به حق احد) [2] ، وهذا هو احد المعاني المقصودة في البحث.

رابعاً : ويطلق لفظ الاختصاص ويراد به الفعل الذي يصدر عن المكلف ويخص بموجبه بعض الاشخاص او الاشياء ببعض الامور دون بعضها ، كقولهم : يستحب اختصاص القرابة ثم الجيران باصل الزكاة[3] ، كما يستحب ايضا ترجيح وتخصيص اهل الفضل في العلم والدين[4].

من الواضح ان المعنى الأول (الصفة المنتزعة في تعلق الحكم) والمعنى الاخير (فعل الاختصاص) لا يعنيان البحث ، فهما بعيدان عن المعنى الحقوقي للاختصاص،الا ان المعنى الثاني (الاختصاص الانتفاعي) مع القسم الثالث (أي الحق المجعول من قبل

---

[1] ظ: أبي المظفر محمد ادرنك ، الفتاوي الهندية ، 386/5، و ظ: شرح فتح القدير 138/8-139 ، وحاشية الدسوقي ، 70/4، والمنفي ، 518/5، ظ: المحقق الحلي ، شرائع الإسلام ، 242/2، و ظ: العلامة الحلي،قواعد الاحكام ، 268/2-269.

[2] د. عبد الأمير كاظم زاهد ، المياه واحكامها في الشريعة الإسلامية التصور والحلول ، بيت الحكمة ، ط1، 2003م، بغداد ، ص278.

[3] ظ: العلامة الحلي ، قواعد الاحكام : 359/1، وتذكره الفقهاء ، 251/1 والشهيد الأول ، الدروس الشرعية : 251/1.

[4] العلامة الحلي ، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الأمامية ، تحقيق : الشيخ إبراهيم البهادلي ، مؤسسة الصادق 11، ط1، قم ، 112هـ 72/1.

الشـارع) همـا المعنيـان المـرادان فـي هـذا البحـث ، وذلـك لان الانتفـاع لا ينفـك عـن الاختصاص بشيء ، كما انه المكون الاساس الذي من اجله جعل الحق .

ووفق ما تقدم لابد من بيان معنى حق الاختصاص .

عرف حق الاختصاص بانه : عبارة عما يختص مستحقه الانتفاع به ولا يملك احد مزاحمته فيه ، وهو غير قابل للشمول و المعاوضات [1].

وعرفه الشيخ الانصاري بقوله : (عبارة عن وضع اليد على اشياء بنحو يخصه ولا يتعدى إلى غيره كما في وضع اليد على الامالية له ....فلا يحق للغير وضع اليد عليه الا بأذنه)[2].

وعرفه السيد السيستاني بانه : ((حق للشخص بالنسبة إلى شيء لم يعترف الشارع بملكيته له أو بماليته)) [3].

وهذا يعني جواز استخدام العين والاستفادة منها مادامت تحت يده ، ويحرم على الغير مزاحمته فيها[4] .

والاختصاص بالمنافع على انواع منها : الاختصاص باحياء الموات بالتحجير والاقطاع، والاختصاص بالسبق إلى بعض المباحات ، والاختصاص بالسبق إلى مقاعد الاسواق ، والاختصاص بمقاعد المساجد للصلاة والاعتكاف ، والاختصاص بالسبق إلى الاوقاف ، والاختصاص بمواقع النسك ، والاختصاص بالخانات المسبلة في الطرقات ، والاختصاص ببعض الاعيان النجسه لفائدة[5].

ويلاحظ ان جمهور الفقهاء من اماميه ومالكيه وشافعيه وحنبلية ومالكية يستعملون لفظ (اختصاص) او (حق الاختصاص) في معرض كلامهم عن موارده،اما الحنفية والزيدية فانهم يستعملون لفظ (حق) في الغالب[6] .

---

(1) **ابن رجب الحنبلي ، القواعد ، دار الكتب العلمية ، ط1، د. ت ، بيروت ، ص184.**

(2) **الشيخ مرتضى الانصاري ، المناسب ، ص14.**

(3) **الموقع الالكتروني للسيد السستاني ، الأسئلة والاجوبة ، www.sistani.org .**

(4) **د. احمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري ، ط1، مطابع المدخول ، الدمام ، 1995، ص164.**

(5) **ظ: عز الدين عبد العزيز عبد السلام السلمي ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، مؤسسة الريان ، ط1، 1990م-1410هـ بيروت ، 250.**

(6) **الكاساني ، بدائع الضائع : 195/6 وللتفصيل راجع العبادي ، الملكية : 165/1.**

ويثبت الاختصاص عند جمهور الفقهاء عندما يكون للشخص وجه من وجوه الانتفاع بالشيء ولو مالاً [1]؛ لان عنصر الاختصاص علاقة تشمل من الحقوق ماليا ، وما ليس ماليا[2]. وهذا الاختصاص يقتضي نسبة الحق إلى المختص ، إذ لا معنى للاختصاص بدون وجود ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره ، فقد يكون شخصا حقيقا وهو الانسان ، او معنويا كالدولة والوقف وبيت المال والمؤسسات وغيرها من الشخصيات الاعتبارية[3] .

المبحث الثالث

التميز بين حق الاختصاص وبعض المصطلحات

بعد ان اتضح معنى حق الاختصاص ، ينبغي التمييز بينه وبين بعض الحقائق التي تبدو متداخلة او ملتبسة معه ، لذا يمكن ان ينتظم المبحث وفق المطالب الاتية :

المطلب الأول . حق الاختصاص والملك :-

اذا ما استقريت الاراء الفقهية للمذاهب الاسلامية ، يتضح انهم يميزون بين الملك والاختصاص ويمكن من خلال الاتي :

1. الامامية :

فرق الامامية بين حق الاختصاص والملك ، فقد بينوا ان اقطاع الامام للارض (يفيد اختصاص مانعاً من المزاحمة و فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالاحياء) [4]،فهذا الاختصاص مبني على عدم تملك الموات بغير الاحياء ، ولكن فيه منع واضح ان لم يكن اجماعاً ، وحينئذ فلا بد من تنزيل الاقطاع المذكور على جهة الاختصاص والاحقية[5] .

---

[1] د:عبد السلام العبادي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، 167/1.

[2] ظ: الزرقا ، المدخل الفقهي العام : 3/10-13.

[3] المصدر نفسه.

[4] المحقق الحلي ، شرائع الإسلام ، 242/4.

[5] الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ،دار الكتب الإسلامية ،ط7،طهران،1392هـ ، 56/38.

وبينوا ايضا ان التحجير يفيد الاولولية لا ملك الرقبة ، وان ملك به التصرف ،حتى لو هجم عليه من يروم الاحياء كان له منعه ، ولو قاهره فاحياء لم يملكه[1] .

فالواضح ان الملك في الأرض مثلا يحصل بالاحياء ، بينما الاختصاص يحصل في الشروع في الاحياء وهو التحجير، على ان هناك اتجاهات تؤكد ان الاحياء يفيد حق الاختصاص لا الملك أيضاً ، وسيأتي بيان ذلك في فصول الرسالة.

2. الحنفية :

لا يستعمل الحنفية والزيدية لفظ حق الاختصاص ، انما يستعملون لفظ حق،ويفرقون بينه وبين الملك[2] .

يقول الكاساني : ((لو حجر الأرض لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء ، لكن صار احق بها من غيره ، حتى لم يكن لغيره ان يزعجه . لان سبقت يده اليه ، واذا نزل بارض مباحة او رباط ، صار احق بها ، ، ولم يكن لمن بعده ان يزعجه عنها)) [3].

كما انهم اعتبروا بعض الاعيان النجسة مالا لكنها لا تملك بل تفيد الاختصاص مثل كلب الحراسة والاصطياد قال ((والدليل على انه صباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق ان الانتفاع به بجهو الحراسة والاصطياد مطلق شرعا ... لان شرعه يقع سببا ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة)) [4].

3. المالكية:

حصر المالكية حق الاختصاص بالمنافع ، كاقطاع الامام ارضا من موات،والسبق إلى المباحاث ، ومقاعد الاسواق والمساجد وما إلى ذلك[5] . كذلك اعتبروا ان الامام لا يقطع معمور الأرض ولا عقارها ملكا ، بل يقطعها انتفاعا مدة من الزمن[6].

---

[1] المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 242/4 الشهيد الثاني ، الروضة البهية ،2/ 255.

[2] د. عبد السلام العبادي ، الملكية ، 164/1.

[3] بدائع الضائع ، 195/6.

[4] المصدر نفسه.

[5] محمد بن احمد بن الرقة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي ، 439/5، ظ: الذخيرة للقرافي ، 130/3.

[6] ظ: المصدر نفسه ، ص443.

4. الشافعية :

اعتبر الشافعية ان الملك يتعلق بالاعيان والمنافع ، وحق الاختصاص انما يكون في المنافع ، وذلك ناشيء من قولهم من ان حق الاختصاص اوسع من الملك وفقا لشواهد الاتية :

أ . ان حق الاختصاص يثبت فيما لا يملك من النجاسات ، كالكلب ، والزيت النجس،وجلد الميتة ونحوه .

ب . من قصد بنا مسجد او شارع فانه لا يزعج عنه . واعتبروا ان قول الرسول الاعظم((ص)) : ((من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو له[1] ، من قبيل حق الاختصاص لا الملك[2].

قال في نهاية المحتاج : ((ومن شرع في عمل احياء لم يتمه كحفر الاساس ، او علم على بقعة بنصب احجار ، او غرز خشبا ، او جمع ترابا او خط خطوطا ، فمتحجر عليه ، أي مانع لغيره منه بما فعله ... وحينئذ هو احق به من غيره اختصاصا لا ملكا ، والمراد ثبوت اصل الحقيقة له ، إذ لا حق لغيره فيه)) [3] .

5. الحنابلة :

ذهب الحنابلة إلى ان حق الاختصاص يثبت في الكلب لمن يصطاد به ويثبت مرافق الاسواق المتسعة التي يجوز فيها البيع والشراء ، كالدكاكين المباحة ونحوها ،فالسابق اليها احق بها [4]وهل ينتهي حقه بانتهاء النهار ، أو يمتد إلى ان ينتقل بضاعته عنها ؟ على وجهين ، وظاهر كلام احمد الوجه الأول بجريان العادة بانتفاء الزيادة عليه ،ولانه لو كان

---

[1] سنين البيهقي : 139/10، سنين أبي داود : نا/64، كتاب الامارة ، باب اقطاع الارضين.

[2] ظ: سليمان لن عمر بن منصور العجيلي العربي الشافعي ، حاشية الجمل على شرح المنهج ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1996م، بيروت ، 564/5.

[3] الرملي ، شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن شهاب الدين ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، مطبعة المكتبة الإسلامية ، د. ت ، 340/5.

[4] ابن رجب الحنبلي ، القواعد ، 192-193.

احق به ابدا ' لخرج من حكم الاباحة إلى حد الملك[1] . وعلى الثاني لو اطال الجلوس فهل يصرف ام لا ؟ على وجهتين لانه يفضي إلى الاختصاص بالحق المشترك[2] . كذلك يثبت حق الاختصاص في الاقطاع الذي هو على قسمين : اقطاع ارفاق ، كاقطاع مقاعد السوق ورحاب المساجد فهذه يجوز للامام اقطاعها ولا يملكها المقطع . واقطاع موات من الأرض لمن يحيها ، ولا يملكه، بل يصير احق بها[3] .

بعد بيان اراء المذاهب الاسلامية في تميز حق الاختصاص عن الملك ، يتضح للباحث ان الذي دعا للتفريق او التميز بين هذين المصطلحين هو انه قد تقوم علاقة بين انسان وشيء معين بحيث يختص بهذا الشيء ، ولكن اختصاصه به لا يطلق له حرية التصرف والانتفاع كما هو في الملك فسما بعض الفقهاء (حقاً) ابقاءاً له على اصل تسميته ، لانه حق من الحقوق ، وسماه اخرون (اختصاصا) تميزا له عن غيره من الحقوق ، فما سمي اختصاصا يميزه عن الملك ان صاحبه لا يتصرف فيما اختص به تصرفا كاملا ، لان الفقهاء يكاد ينعقد اجماعهم على عدم جواز بيع ما يسمى حقا او اختصاصا في حين انه يجوز ذلك الملك[4] .

والذي يميل اليه الباحث تسميه هذا الحق بالاختصاص تميزا له في الدرجة عن غيره من الحقوق الاخرى ، والتي يمكن ان تتداخل ومع اقسام المتعددة للحق .

ويبدو للباحث أيضاً ان جوهر الاختلاف بين الملك وحق لاحتصاص حاصل في الموضوع ، وفي الاثار المترتبة على كل منها ، فالملك موضوعه ومحله كل ما اجاز الشارع الانتفاع به ، بحيث يترتب عليه التصرف والانتفاع التامين ، بينما حق الاختصاص فموضوعه ومحله المنافع ، والمتمثلة في المؤسسات : كالاسواق او الطرق ... الخ ، ولذلك يكون فيما حرمه الشارع ابتداء واجاز الانتفاع به في ضروف وحدود معينة ، كالانتفاع بجلد

---

[1] أبو يعلي ، محمد بن الحسين الفراء ، الاحكام السلطانية ، صححه محمد حامد الفقي ، دار الكتب العلمية ، ط1، 2001، بيروت ، ص226.

[2] ابن رجب ، القواعد ، ص193.

[3] ظ: موفق الدين ابن قدامى ، المغني ، دار الكتاب العربي ، ط1، بن إدريس اليهوتي ، عام الكتب ، ط1، بيروت ، 327/2.

[4] ظ: د. عبد السلام العبادي ، الملكية ، 165/1-166.

الميتة وكلب الصيد والحراسة ، وكذلك الدم للاغراض الطبية ، على خلاف بين الفقهاء في هذه الفروع ، وجوهر حق الاختصاص هو الانتفاع لا التصرف .

المطلب الثاني : حق الاختصاص والاباحة

يستعمل الفقهاء لفظ الاباحة كثيرا وخاصة عند الكلام عن الاذن.

فقد عرف الشريف الجرجاني الاباحة بقوله:((الاذن باتيان الفعل كيف شار الفاعل)) [1]، فالاباحة ليست اجراءً تعاقدياً ، فلا يشرط فيها ان يكون الماذون له معينا معلوما للاذن وقت الاذن لا بشخصيه ولا باسمه ، فمن يضع الماء على قارعة الطريق فانه يبح بذلك لكل من يمر ان يشرب من دون تعيين للماذون له لا بالاسم ولا بالوصف[2] ، وكذلك من يعمل مكانا لراحة المسافرين .

وعلى ذلك تقسم الاباحة إلى قسمين:

1. اباحة استهلاك : كالاذن العام من الشارع بالاستهلاك كما في الاشياء التي ورد النص على ان الناس شركاء فيها فتكون مباحة لكل من يستولي عليها ، وبهذا المعنى عرف (الزركشي الاباحة بانها : ((تسليط من المالك عين او منفعة ولا تمليك فيها))[3].

وهي بهذا المعنى تعني اذن المالك لغيره باستهلاك الشيء او باستعماله دون ان يتملك المأذون له بتملك العين او المنفعة .

2ـ اباحة الاستعمال : الاذن العام من الشارع بالاستعمال ، كاباحة المنافع العامة التي اباحها الشارع لاستعمال المعين بنص شرعي او قاعدة عامة ، كالفرق العامة ، فحق المرور فيها ثابت الناس جميعا بالاباحة الاصلية ولصاحب العقار المتصل بها بعض نواحي الانتفاع مما لا ضرر فيه [4].

---

(1) التعريفان ، ص2.

(2) ظ: موسوعة الفقه الاسلامي المصرية ، 157/1.

(3) بدر الدين محمد الزركشي ، المنثور في القواعد ، تحقيق : د. تسيير فائق ، مؤسسة الخليج العربي ، الكويت ، ط1، 1402هـ –1982م ، 7/1.

(4) ظ: موسوعة الفقه الاسلامي ، 163/1.

فالاباحة قد تكون اذنا باستهلاك العين كما اذا اباح لغيره ان يأكل من طعامه او من ثمره، او تكون بالاذن باستعمال العين كما اذا اباح لغيره ان يستعمل شيئا من ملابسه او سيارته او سيرا في طريقه[1] .

وبناء على ما تقدم يمكن بيان الاثر المترتب على الاباحة ، و يختلف باختلاف المبيح .

فأذن الشارع بالاستهلاك والاستعمال يقتضي[2] :

أ. ملكية مستقره بالاستيلاء الحقيقي على المأذون فيه .

ب . اختصاصا لمن سبق فلا يملك احد ان ينتزعه منه او ينحيه عنه .

وعلى هذا فليس للمباح له الى يتصرف بالعين او بالمنفعة المباحة تصرف الملاك ، انما يقتصر على الاستهلاك اذا كانت الاباحة تقتضي الاستهلاك ، او الانتفاع في حدود الاذن دون ان يتعدى ذلك الجواز ان التصرف بالانتفاع تصرفا مشعرا بالملكية .

وبناء على ما تقدم يتضح : ان الاثر المترتب على اباحة الشارع بالاستعمال او بالاستهلاك ، تارة يفيد الملك واخرى يفيد الاختصاص ، فتكون الاباحة بهذا المعنى مسوغ لحصول الملك او الاختصاص ، أي انها بذاتها ليس ملكا او اختصاصا بل هي طريق لكل منها.

وتاتي الاباحة في احد معانيها بمعنى المأذونية واستحقاق في قبال الغصب وحرمة التصرف في مال الغير ، فالمالك او من في حكمه يحق له ان يبيح للاخرين التصرف في ملكه مثل اباحة صاحب الدار للضيف ان يتصرف فيما يقدم له من طعام ونحوه [3].

وبعد ان اتضح ان حق الاختصاص من حيث هو حكم اثر ناتج عن الاباحة الشرعية ، وكذلك اذن الشارع باستهلاك الشيء يقتضي ملكية مستقره بالاستيلاء عليه ، واختلفت اراء المذاهب الاسلامية في الاثر الذي ينتج عن اباحة الاشخاص لغيرهم بالافادة مما يملكونه ، فمنهم من يرى انها تنتج تمليكاً ، فيما يرى اخرون انها تنتج حقا ، ويمكن بيان ذلك وفق الاتي:

---

[1] د. عبد السلام العبادي ، الملكية ، 154/1.

[2] ظ: موسوعة الفقه الاسلامي ، المجلس الاعلى للشؤون الإسلامية ، مصر ، ، 169/1.

[3] محمد علي الانصاري الموسوعة الفقهية المسيرة ، نشر مجمع الفكر الاسلامي،قم، ط2، 1422هـ ، 433/1

1. الامامية :

ذكر فقهاء الامامية احكاما خاصة في اخذ المباح وهل انه يملك أم لا ؟ ومن ذلك على سبيل المثال ما ينثر في الاعراس والولائم . قال المحقق الحلي: (أكل ما ينثر في الاعراس جائز ، ولا يجوز اخذه الا بأذن اربابه نطقا او بشاهد الحال ،وهل يملك بالاخذ الاظهر نعم)[1].

الا ان الشهيد الثاني اختار بقائه على ملك مالكه وجوز الرجوع به مادامت عينه باقيه في يد الاخذ ، حيث قال : (وقيل : لايملك بذلك وانما يفيد مجرد الاباحة،لاصالة بقاء ملك مالكه عليه إلى ان يحصل سبب يقتضي النقل ، وما وقع انما يعلم منه افادة الاباحة ، وهذا هو الاقوى) [2] .

وقد فرق بين مباح الاصل واثبات اليد على تملكه ، وبين المملوك اذا ابيح ، فالاول لا ملك لاحد عليه فاثبات اليد عليه مع نية التملك كاف في تملكه ، بخلاف الثاني فأثبات يد المأذون له فيه ليس من الاسباب الناقلة للملك شرعا ، فيتمسك بالاستصحاب إلى ان يعم المزيل[3].

وبناء على عدم الملك فلا ريب في أولويته واختصاصه بما يأخذه ، فليس لغيره أخذه منه قهرا[4].

ويرجح الباحث ما اختاره الشهيد الثاني من بقاء اصل الملك للمالك ، مع حصول حق الاختصاص والاولوية للمأذون له ، نتيجة لبقاء اصل الملك بالاستصحاب،ولو انعدم المباح فيه بالاستهلاك كالاكل مثلا سقطت من ملك المالك الاصلي .

---

[1] **شرائع الإسلام ، 506/2، و ظ : العلامة الحلي ، تذكره الفقهاء : 580/2.**

[2] **مسالك الافهام : 32/7.**

[3] **ظ: المصدر نفسه.**

[4] **الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، 53/29.**

2. الحنفية :

يرى بعض فقهاء الحنفية ان الاثر الذي ينتج عن اباحة شيء بقاء العين المباحة على ملك المبيح . حيث قالوا مانصه : (اذا تعلقت الاباحة بعين كما اذا ترك شخص ماله وقال من شاءه فليأخذه ، ومن نثر نقودا ليأخذ كل من تناله يده .... فالجمهور من الحنفية على ان المال يضل مملوكا لصاحبه إلى ان تناله يد الباح له فمتلكه بأخذه او يتناوله ، فاذا استهلكه بعد ذلك فقد استهلك مالا مملوكا) [1].

ويرى السرخسي عدم افادة الاباحة التمليك ، حيث ذهب إلى ان المباح له الطعام لا يملكه وانما يتناوله على ملك المبيح[2] .

ولهم أيضاً : (ان من وضع مقدارا من السكر او عددا من الدراهم بين قوم وقال : من شاء اخذ منه شيئا ، او قال : من اخذ منه شيئا فهو له فكل من اخذ منه شيئا يصير ملكا له ولا يكون لغيره أن يأخذ ذلك منه) [3].

وهذا يعني افادة الاباحة في هذا المورد التمليك . وذهب اخرون إلى ان ذلك ليس من قبيل التمليك وان المباح له لا يمتلك لمال بتناوله وانما يظل المال ملكا لصاحبه ويستهلكه المباح له على ملك صاحبه باذنه ولهذا لا يضمنه[4] .

3. الشافعية :

يرى الشافعية ان التقاط المنثور في الاملاك ، كالسكر واللوز وغيره ، وان من اخذ من المنثور او التقط وبسط ثوبه لاجله فوقع فيه ملكه[5] .

ولا يتصرف الضيف فيما قدم له بغير الاكل لانه المأذون فيه عرفا ، فلا يطعم منه سائلا الا باذن صاحبه او علم رضاه ، نعم له ان يلقم منه غيره من الاضياف الا ان يفاضل

---

[1] ابن عابدين ، رد المختار ، دار الكتب العلمية ، ط2، 1424هـ – 2003م، بيروت ، 355/3.

[2] ظ: السرخسي ، أبو بكر محمد بن احمد بن أبي سهل ، المسيوط ، تحقيق : جمع من الافاضل ، دار المعرفة ، بيروت ، ط1، 1406هـ ، 61/5.

[3] أبي المظفر محي الدين محمد اورنك ، الفتاوى الهندية ، المطبعة الكبرى الاميرية ، 1310هـ ط2، 320/5.

[4] ظ: موسوعة الفقه الاسلامي : 169/1.

[5] القليوبي ، حاشية القليوبي على شرح منهاج الطالبين ، 110/3.

الطعام بينهم فليس من خص بنوع ان يطعم غيره منه ، ويملك الضيف ما التقمه ولا بقاؤه على ملك صاحبه [1].

ويملك المنثور اذا سقط في حجره له فوقع فيه والتقطه ، فان وقع في حجره ولم يبسطه لم يملكه ، لانه لم يوجد منه فعل ولا قصد تملك ، نعم . هو اولى به من غيره،فلو قام فسقط من حجره بطل اختصاصه به ، وكذلك لو نفضه فيبطل اختصاصه كما لو وقع على الأرض من اول الامر [2].

يبدو ان الاراء التي ذهبت إلى ان الضيف يملك ما التقمه يبين مفهوما ان الطعام المقدم ليس ملك للضيف وانما هو من قبيل الحق ، ولذلك يكون هو اولى بالاختصاص به من غيره ولا يمكن مزاحمته عليه ما دام تحت يده .

4. المالكية :

ذهب بعض فقهاء المالكية إلى ان الطعام المقدم للضيوف يملكونه لمجرد التقديم[3] ، فيما ذهب اخرون إلى القول بعدم الملك الا بالاكل وعلى كل لا يجوز للواحد من الضيوف ان يعطي أحد منه شيئا بغير اذن صاحبه ويرى القرافي ان الاذن المذكور ما هم الا اذنا بالانتفاع القاصر، وقد سمي اعطاء هذا الحق بتمليك الانتفاع،كالانتفاع بسكني المدارس والرباط ، ومنه الوقف على السكن[4] .

والواضح ان الحق الممنوح بسكنى هذه الموارد ما هو الا حق اختصاص ، لان الانتفاع لا ينفك عن الاختصاص ، وفكانه اراد القول : ان الاثر المترتب على الاباحة يكون حق الاختصاص .

---

(1) ظ:حاشية إبراهيم البيجوري،دار الكتب العلمية ، ط2، 1420 ، 1999، بيروت،ضبط محمد عبد السلام شاهين، 239/2-220.

(2) ظ: المصدر نفسه139/2.

(3) ظ: المصدر نفسه.

(4) القرافي ، الفروق ، 187/1.

5. الحنابلة :

ان النثار وان كان مكروها الا انه لو حصل في حجره شيء من النثار فهو له غير مكروه ؛ لانه مباح حصل في حجره فملكه ، وليس لاحد ان يأخذه من حجره[1]،ويملكه مع القصد له ، وبدون القصد وجهان [2].

6. الزيديه :

من مد ثوبه فله ما وقع فيه كالشبكة فان سقط منه شيء ففي جواز اخذه تردد الاصح لا يجوز[3] .

يظهر مما تقدم ان اراء المذاهب الاسلامية مختلفة فمنهم من يرى ان الاباحة اذا كانت من العباد . كاباحة الضيف لضيفه . تفيد تمليك المباح له سوا كان ذلك بالاستهلاك او بمجرد الاخذ ، ومنهم من يرى انها تفيد حقا لا ملكا فان عدول الاذن عن اذنه او انتهاء مدة الاذن بطل حق المأذون له في الانتفاع ، لان الاباحة تفيد حق انتفاع لا تمليك[4]

ويرجح الباحث ان الاباحة تفيد حق اختصاص واولية اذا كان المباح به لم يستهلك

---

[1] ابن قدامة ، المغني ، 7/13-14.

[2] ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1419هـ ، 1999م، بيروت ، 2/88.

[3] احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزفار الجامع المذاهب علماء الامصار ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1422هـ-2001م، بيروت ، 3/87-88.

[4] ظ: موسوعة الفقه الاسلامي : 1/172.

المطلب الثالث : حق الاختصاص وملك المنفعة

ملك المنفعة واحدة من صور الملك الناقص ويمكن تعريفه بانه : (اتصال شرعي بين الانسان ومنفعة العين يطلق تصرفه فيها ابتداء ويحجز غيره عن التصرف فيها على وجه مخصوص) [1].

وهذا التعريف على ما فيه من قوة البعارة وسبك للعبارة الا ان ما يؤخذ عليه قوله : اتصال شرعي بين الانسان ومنفعة العين ، فان المعلوم ان بقية الحقوق لا تنتج الا بمسوغ شرعي،اللهم الا ان اراد بذلك العلاقة العقديه ، فان ما هو معلوم ان ملك المنفعة لا ينشئ الا عن عقد : من اعارة ، او اجاره ، او هببة للمنفعة او غيرها ، وهذا غير حاصل في حق الاختصاص الذي يثبت باباحة المنافع العامة فان الناس ينتفعون بها بطريق الاباحة العامة [2].

والواضح ان ملك المنفعة يدور حول التصرف ، الا ان هذا التصرف غير مطلق بل هو مخصوص بمنفعة العين لا لعين ذاتها وملك المنفعة من دون عين له قسمان[3] :

احداهما : ملك مؤبد ، ويندرج تحته صور عدة ، منها : الوصية بالمنافع ، وهذه الصور تشمل جميع انواعها الا منفعة البضع ففيه خلاف .

ثانيهما : ملك غير مؤبد ، ومن هذا النوع : الاجارة ، ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة ، ومنه ما هو غير مؤقت ، لكنه غير لازم ، كالعارية على وجه ، واقطاع الاستقلال . وقد توسع فريق من الفقهاء فذهبوا إلى القول : بان ملك المنفعة كملك الرقاب من حيث سلطة المالك في التصرف ، فأجازوا المالك المنفعة استبقاء المنفعة بنفسه او هبتها او استغلالها بتأجيرها[4] .

---

[1] **محمد رضا عبد الجبار العاني ، نظرية ملك المنفعة وتطبيقها ، على عقد الاعارة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد كلية الشريعة ، ص34.**

[2] **الدسوقي ، محمد بن احمد بن عرفة المالكي ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1996، بيروت ، 433/3.**

[3] **ظ: ابن رجب : القواعد ، ص209، و ظ: السيوطي ، الاشباه و النظائر في قواعد فروع الشافعية ، دار الكتب العلمية ،ط2، 2005، 326/1.**

[4] **القرافي ، الفروق ، 187/1.**

وذهب فريق أخر من الفقهاء تحديد تصرف مال المنفعة مع الإقرار بأصل الملكية وذلك مراعاة الحق المالك الرقبة التي تقوم فيها المنفعة المستوفاة [1].

مما تقدم يتبين : ان ملك المنفعة يرد على منافع العين بعلاقة تعاقدية ، وكذلك حق الاختصاص يرد على المنافع الا انه لا يكون بالتعاقد انما على منافع عامة ،ويتبين أيضا ان بينهما علاقة نسبة بين السعة والضيق في الموارد وفي التصرفات .

---

[1] **ظ: القرافي، الفروق:187/1.**



الفصل الاول

الأسس العامة لحق الاختصاص

المبحث الأول :أساس الرؤية القرآنية لحق الاختصاص

المبحث الثاني: السنة النبوية(حديث السبق)

المبحث الثالث : حديث الشركة في الانتفاع

المبحث الرابع:مفهوم التحجير

المبحث الخامس مفهوم الاقطاع

المبحث الأول

اساس الرؤية القرآنية لحق الاختصاص بالانتفاع

من الواضح ان اهم اركان وعناصر حق الاختصاص هو (الانتفاع) ، وقد جاءت الكثير من الآيات القرآنية التي تبين ان الثروات التي خلقها الله تعالى وسخرها للبشرية جاءت لغرض انتفاع الإنسان بشتى انماطه ، ولغرض بيان الرؤية القرآنية في ذلك لابد من دراسة نماذج من الآيات التي تسلط الضوء على جملة من القوانين القرآنية في هذا الشأن ، ويمكن بيان ذلك وفق الآتي :

المطلب الأول : ملكية الله للخلق (قانون الخلق) :

من الآيات التي تحدثت عن الغرض الالهي من خلق الثروات هي قوله تعالى:((خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا))[1] ، وللمفسرين في دلالة الآية الكريمة أراء تدور اغلبها في دلالة اللام في (لكم):

فقد اعتبر أكثر المفسرين ان الآية تفيد الاختصاص على جهة الانتفاع قال الطبري : (ت: 310هـ) : ((هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا . . .)) فاخبرهم جل ذكره أنه خلق لهم ما في الأرض جميعاً لان الأرض وجميع ما فيها منافع لبني آدم ...) [2].

وقال الزمخشري (ت: 538هـ) : (لاجلكم ولانتفاعكم به في ديناكم ودينكم) [3].

وقال الطبرسي (ت: 548هـ) : (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم) أي لاجلكم (مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا) معناه ان الأرض وجميع ما فيها نعم من الله تعالى ، مخلوقه لكم ، اما دينية فتستدلون بها على معرفته ، واما دنياوية فتنتفعون بها بضروب النفع عاجلاً [4].

فان الباري تعالى اخبر بان جميع المخلوقات الارضية للعباد ؛ لان ما موضوعه للعموم لاسيما وقد اكدت بقوله (جميعاً) واللام في (لكم) تفيد الاختصاص على جهة الانتفاع للمخاطبين[5].

---

(1) البقرة : 29.

(2) الطبري ، أبو جعفر محمد بن جرير ، جامع البيان عن تأويل القرآن ، تحقيق : صدقي جميل العطار ، دار الفكر ، ط1، 175هـ -1995م، بيروت : 406/1.

(3) الزمخشري : أبو القاسم محمد بن عمر الخوارزمي ، الكشاف ، تحقيق : عبد الرزاق المهري ، دار احياء التراث العربي ، ط2: بيروت ، 2001م، 42/1.

(4) مجمع البيان : 143/1.

(5) السيوطي، الاشباه والنظائر : 131/1 .

وجاء في كنز الدقائق قوله : (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا) بيان نعمة،فان الانتفاع بالارض والسماء وما فيها انما يكون بعد موهبة الحياة ..واللام للانتفاع ، والمعنى : خلق لانتفاعكم في الدنيا والاخرة ما في الأرض جميعاً ... فدلت الآية على اباحة جميع الأشياء على أي وجه إلا ما اخرجه الدليل)[1] ، وقد يقال ان المباحات هي ملك لكافة الناس ، لقوله تعالى : ((خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ)) ، والحائز بحيازته يسبق إلى الخصوصية[2].

وقال المحقق الكاظمي: (ان الأرض وجميع ما خلق فيها نعم من الله تعالى خلقها لكم أي لاجلكم وانتفاعكم وان الغرض من خلقها ذلك) [3].

كما ان السيد السبزواري قال في معنى الخلق في الآية الكريمة: (المراد بالخلق هنا التقدير أي قدّر الله تعالى ان يكون ما في الأرض لاجل انتفاع الإنسان ...وخلق ما في الأرض اما لاجل الانتفاع به انتفاعاً مادياً صحيحاً بكل وجه يتصور أو عقلياً) [4].

وفصّل الطاهر بن عاشور * (ت: 1393هـ) في دلالة آية وما تفيده ، بعد ان قال : (والمقصود من الكلام فيما اراه موافقاً للبلاغة ، التذكير بان الله هو خالق الأرض وما عليها ، وما في داخلها ، وان ذلك كله خلقه بقدر انتفاعنا بها منها في مختلف الازمان والاحوال ، فاوجز الكلام ايجازاً بديعاً باقحامه قوله : (لكم) ، فاغنى عن جملة كاملة ...وفي هذه الآية فائدتان :

الأولى : ان لام التعليل دلت على ان خلق ما في الأرض كان لأجل الناس ،وفي هذا تعليل للخلق وبيان لثمرته وفائدته...

الثانية : اخذ من قوله تعالى : (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا) ان أصل استعمال الأشياء فيما يراد له من أنواع الاستعمال هو الإباحة .... والحق ان الآية مجملة قصد منها التنبيه على قدرة الخالق يخلق ما في الأرض انه خلق لأجلنا) [5].

---

[1] ميرزا محمد المشهدي : 298/1 .

[2] الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 322/26-323 .

[3] الكاظمي ، مسالك الافهام إلى ايات الاحكام ، مكتب نويد اسلامي ، ط1، قم ، 1429هـ ، 126/4 .

[4] مواهب الرحمن ، مطبعة شريعت ، ط2، قم ، 1،1428/201 .

* محمد الطاهر بن عاشور : رئيس المفتين المالكيين بتونس وشيخ جامع الزيتونة ، ومن اعضاء المجمعين العربيين في دمشق و القاهرة ، (ظ : الاعلام للزركلي :174/6).

[5] التحرير والتنوير : 379/1-380 .

واختلط الأمر على ابن تيمية بين الاختصاص والاستحقاق في اللام في الآية الكريمة ، حيث قال : (قوله تعالى : ((هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا)) والخطاب لجميع الناس لأفتتاح الكلام بقوله : ((يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ)) وجه الدلالة انه خلق جميع ما في الأرض مضافاً إليه ، واللام حرف اضافة ، وهي توجب اختصاص المضاف بالمضاف إليه ، واستحقاقه اياه على الوجه الذي يصلح له ، وهذا المعنى يعم موارد استعمالها ، كقولهم : المال لزيد ، السرج للدابة ، واشبه ذلك ، فيجب اذن ان يكون الناس مملكين ممكنين لجميع ما في الأرض فضلاً من الله ونعمه) [1].

وقد يكون من تمام الفائدة ان يشار إلى راي النحاة في الفرق بين لام الاختصاص ولام الاستحقاق ولام التمليك ولام التعليل يقول ابن هشام: (وللام الجارة اثنان وعشرون معنى : احدهما : الاستحقاق ... والثاني الاختصاص نحو الجنة للمؤمنين ، وهذا الحصير للمسجد ... والثالث : الملك نحو : ((لَهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الأَرْضِ))[2] ... وبعضهم يستغني بذكر الاختصاص عن ذكر المعنيين الاخرين...الرابع: التمليك نحو : (وهبت زيد دينار...) [3].

ومن الذي ساقه ابن هشام من الفروق بين معاني ودلالات اللام الجارة يترجح القول بان اللام للاختصاص في الآية الكريمة ، وحتى لو كانت للملك فان الملك الذي تعنيه جماعياً وليس فردياً ، وان الانتفاع الذي من اهم اركان الاختصاص ، هو ما تعنيه أو بعض ما تعنيه الآية الكريمة.

والواضح من الأقوال والخلاصة الشاملة لاراء ائمة التفسير من قدماء ومحدثين ان الهمجرة تذهب إلى القول بان اللام في قوله صبحانه وتعالى : ((هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا)) للاختصاص على جهة الانتفاع إلا ما ذهب إليه البعض من اعتبارها سببية أو للتمليك.

---

[1] ابن تيمية ، احمد عبد الحليم ، مجموع الغناوي ، تحقيق : عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، ط2، بيروت ، 2005-1426هـ : 21/535-536 .

[2] سورة طه : 6 .

[3] مغني اللبيب : 1/78 .

المطلب الثاني : اساس مفهوم الاستخلاف والتسخير :

خلق الله الكون من اجل الإنسان وجعله مستخلفاً له في الأرض وسخر له كل شيء،ويمكن بيان الرؤية القرآنية للاستخلاف والتسخير من خلال الآتي :

أولاً – الاستخلاف :

عقيدة الاستخلاف تقدر ان كل شيء في الوجود انما هو ملك لله تعالى خالقه وخالق السموات والأرض وما بينهما ، وان الإنسان فيما لديه من مال انما هو حائز لوديعة أودعها الله بين يديه ، فالله وحدهُ الذي له ملك السماوات والأرض ، والإنسان هو خليفة الله في الأرض امره خالقه بالانتفاع بهذا المال في صورتيه ، ومكنه من هذا الانتفاع منسجماً مع مصلحة المجتمع الذي يعيش فيه ، ومصلحة الإنسانية بوجه عام[1].

فالافراد وفقاً لمبدأ الاستخلاف في الأرض قد جعل الله لهم سلطاناً مباشراً على ما فيها من الخيرات والطيبات ومكّن لهم الانتفاع منها بما اعطاهم ووهبهم من القوى العقلية والجسمية، وبناءً على هذا الاستخلاف العام فان الأصل اشتراك البشر جميعاً في الانتفاع مما اوجد الله في الأرض من خيرات وطيبات[2].

ان الله تعالى اوجب على الإنسان كثمرة من ثمرات النيابة الإلهية له باستخلاف وامكانية الانتفاع بالمخلوقات ان يعمر الأرض ويستثمر الموارد[3]، وقد غرست الآيات القرآنية الكريمة عقيدة الاستخلاف ، قال تعالى : ((هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا))[4] ، أي امركم بعمارتها[5].

وعقيدة الاستخلاف تجعل المسلم يحس دائماً (ان الله خالق هاذ الكون ومالكه الاصلي ، والمال الذي في ايدي البشر هو مال الله وهم فيه خلفاء لا اصلاء) [6].

---

[1] الشيخ يوسف القرضاوي ، الحلال والحرام في الإسلام ، دار التعارف ، ط1، 1993م، بيروت ، ص .

[2] فقه البيئة ، شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) .

[3] د. عبد الأمير زاهد ، المياه واحكامها في الشريعة الإسلامية ، ص27 .

[4] سورة هود : 61 .

[5] ظ: ابن عربي ، احكام القرآن : 1059/3، الرازي ،التفسير الكبير، ، 17/18، الزمخشري الكشاف، 278/2 القرطبي، الجامع لاحكام القرآن: 56/9، الجصاص ، احكام القرآن :23/3، الطباطبائي ، الميزان: 310/10 .

[6] السيد محمد تقي الشيرازي ، الاقتصاد ،ص37.

قال تعالى : ((آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ))[1]، وقال سبحانه:((وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ)) [2].

فقد استخلف الله الإنسان في الكون ليدير موارده ويعمره ويظهر أسرار الله وقدرته في خلقه وهي مهمة ارادت الملائكة ان تكون لها ، واردها الله للانسان تكريماً له : ((وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ))[3] ، وقد ذكر ان المراد من الخليفة المعنى المجازي ، قال الطاهر بن عاشور: ((المراد من الخليفة المعنى المجازي وهو الذي يتولى عملاً يريده المستخلف مثل الوكيل والوصي أي جاعل في الأرض مدبراً يعمل ما نريده في الأرض فهو استعارة أو مجاز مرسل وليس بحقيقةٍ ، لان الله تعالى لم يكن حالاً في الأرض ولا عاملاً فيها العمل الذي اودعه في الإنسان وهو السلطة على موجودات الأرض ؛ ولان الله لم يترك عملاً كان يعمله فوكله إلى الإنسان بل التدبير الاعظم لم يزل لله تعالى فالإنسان هو الموجود الوحيد الذي استطاع بما اودع الله في خلقه ان يتصرف في مخلوقات الأرض بوجوه عظيمة لا تنتهي خلاف غيره من الحيوان)) [4].

ومن هنا فان الخلافة هي تكليف بمهمة الانتفاع بموجودات الكون يكون الإنسان فيها سيداً في الكون لا سيداً للكون ، فسيد الكون وحاكمه ومالك امره هو الله سبحانه وتعالى ، ولان الإنسان هو احد مخلوقاته قد تميز بالعقل فقد كرمه الله وانعم عليه نعمة الاستخلاف تمييزاً له عن غيره من المخلوقات[5]. قال تعالى : ((وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا))[6].

---

[1] **سورة الحديد : 7 .**

[2] **سورة النور : 33 .**

[3] **سورة البقرة : 30 .**

[4] **التحرير والتنوير : 398/1 .**

[5] **الإسلام والبيئة ، ص3 . (انترنت).**

[6] **سورة الإسراء : 70 .**

وقد اثارت مسألة الاستخلاف قضية مهمة تتعلق بسلطنة الإنسان الموارد الطبيعية هل هو نحو ملكية الرقبة ام حق اختصاص بالانتفاع أي ملكية انتفاع – وقد رجح احد الباحثين حق الاختصاص بالانتفاع (ملكية الانتفاع) وذلك للاسباب الاتية[1]:

1- ان كثيراً من نصوص القرآن الكريم تضيف الملكية إلى الله تعالى : ((آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ))[2] ، وقوله تعالى : ((وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ))[3]، وقوله تعالى : ((لَهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا وَمَا تَحْتَ الثَّرَى))[4]،وقوله تعالى : ((لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ)) [5]، (فإذا كان المال مال الله ، وكان الناس صحيحاً عباد الله ، وكانت الحياة التي يعلمون فيها ويعمرونها بمال الله وهي لله ، كان من الضروري ان يكون المال – وان ربط باسم شخص معين – لجميع عباد الله يحافظ عليه الجميع وينتفع به المجتمع) [6].

2- ان وجود الإنسان في هذه الحياة مؤقت واستخلافه فيها مؤقت أيضا ولذلك كان انتفاعه بمواردها مؤقت : ((وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَى حِينٍ))[7]، وهذا التحديد الزمني للبقاء يترتب عليه تحديد للاستخلاف والانتفاع ومن هنا تبرز احقية الاجيال المتعددة في الانتفاع بالموارد الطبيعية وضرورة ان يعي الإنسان هذه الحقيقية لكي يحفظ للاجيال التي بعده حقها في الانتفاع بما خلق الله في هذا الكون.

3- ان شعور الإنسان بملكيته الدائمة للموارد يثير فيه الفساد المؤدي إلى نضوب الموارد ، ولذلك كانت الآيات الكريمة واضحة في النهي عن الفساد في الأرض :

---

[1] الإسلام والبيئة ، ص2، الشبكة العنكبوتية (انترنت) .
[2] سورة الحديد : 7 .
[3] سورة النور : 33 .
[4] سورة طه : 6 .
[5] سورة المائدة : 120 .
[6] الشيخ محمد شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، دار الشروق ، ط19، القاهرة ، 2007م، ص33 .
[7] سورة البقرة : 36 .

((وَاذْكُرُوا إِذْ جَعَلَكُمْ خُلَفَاءَ مِنْ بَعْدِ عَادٍ وَبَوَّأَكُمْ فِي الْأَرْضِ تَتَّخِذُونَ مِنْ سُهُولِهَا قُصُورًا وَتَنْحِتُونَ الْجِبَالَ بُيُوتًا فَاذْكُرُوا آلَاءَ اللَّهِ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ)) [1].

وفي ضوء ذلك قال احد الباحثين : ((ولا نتجاوز روح التشريع الإسلامي إذا قلنا : ان القواعد والمبادئ الاساسية المنظمة لاستخلاف الإنسان في الأرض ومضمونها تنزل (حق الإنسان) على موارد الطبيعية من (حق الملكية) إلى مرتبة (حق الانتفاع) فقط ، والذي تقل فيه سلطان صاحبه عن سلطان المالك وفكرة حق الانتفاع تبدو أكثر ملاءمة إذا روعيت القواعد الشرعية في اعماله ، فلن يكن الانتفاع قاصراً على شخص دون اخر ومن ناحية ان المنتفع لا يجوز له اهدار أو تدمير أصل أو عين المال الذي ينتفع به ، لان سلطة التصرف الشرعي في المادة لا تكون للمنتفع بل لمالك العين أو الرقبة)) [2].

ثانياً : التسخير :

تشير آيات كثيرة في القرآن الكريم إلى ان الكون قد سخره الله سبحانه للانسان أي طوعّه وذلّله ليستطيع الانتفاع به والتصرف فيه ، ويمكن ذكر بعض الآيات الكريمة في ذلك:

- قال تعالى : ((وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا)) [3].

- قوله تعالى : ((وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا وَتَرَى الْفُلْكَ مَوَاخِرَ فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)) [4].

- قوله تعالى : ((أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ وَالْفُلْكَ تَجْرِي فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ وَيُمْسِكُ السَّمَاءَ أَنْ تَقَعَ عَلَى الْأَرْضِ إِلَّا بِإِذْنِهِ إِنَّ اللَّهَ بِالنَّاسِ لَرَءُوفٌ رَحِيمٌ)) [5].

---

[1] سورة الأعراف : 74 .

[2] احمد سلامة ، حماية البيئة في الفقه الإسلامي ، مجلة الاحمدية ، دبي سنة 1998، ص295، عن احمد فتح الله الزيادي ، W.W.W.islamicrabta.com .

[3] سورة الجاثية : 13 .

[4] سورة النحل : 14 .

[5] سورة الحج : 65 .

إلى غيرها من الآيات التي تذكر ما سخره الله للانسان في الكون لينتفع به دون تملكه.

ان النظرة إلى ايات التسخير الواردة في القرآن الكريم يمكن ان تبين امور عدة منها :

1- ان هذا التسخير المذكور في ايات القرآن الكريم محدود بإرادة الله ولا يستطيع الإنسان مهما أوتي من قوة مادية أو علمية ان يحصر الاستفادة منه بفئة معينة أو افراد محددين، ولذلك فهو لانتفاع الجميع يمكن ان يحصل حق الاختصاص بالانتفاع به عند التزاحم والاسبقية .

2- إذا كان التسخير الالهي لمظاهر الكون للانسان نعمة فهي إذاً حق من حقوقه التي منحه الله اياها يستطيع من خلاله الانتفاع بكل مافيه صلاح لبناء المجتمع.

3- ان جميع موارد الحياة خلقها الله لنا ، وبالتالي فان الانتفاع بها يعتبر في الإسلام حقاً للجميع ، وينبغي ان لا ينظر إليها انها ملكية منحصرة في جيل معين دون غيره بل هي ملكية مشتركة لجميع الناس ، ينتفع بها كل جيل بحسيب حاجته دون اخلال بمصالح الاجيال القادمة[1].

---

[1] **ظ: د. احمد عبد الرحيم وعوض ، ود. احمد عبده ، قضايا البيئة من منظور اسلامي ، مركز الكتاب للنشر ، ط1، القاهرة ، 1425هـ - 2004 م ، ص72-76.**

المبحث الثاني :السنة الشريفة (حديث السبق)

من يتتبع كلمات الفقهاء واثباتهم لحق الاختصاص على مورد ما –غالباً– ما يكون الاستدلان من السنة يكاد منحصراً في رواية أو روايتين.

ومن اهم الاسس التي يستندون عليها ، الأساس الناتج من (حديث السبق) الذي بني عليه قاعدة تعرف بـ (قاعدة السبق) والتي مفادها : ان من سبق إلى شيء من المباحات الاصلية – كالمياه والمعادن والأرض– أو سبق إلى شيء من المنافع المشتركة – كالطرق والخانات ونحو ذلك – فيكون السابق احق بها ولا يجوز لاحد مزاحمته في ذلك[1].

والرواية رويت بعدة طرق مع اختلاف في بعض الالفاظ ، يمكن بيان ذلك وفق الآتي :

المطلب الاول: طرق الرواية

أولا : طرق الأمامية :

ورد حديث السبق عند الأمامية بعدة طرق ، ويمكن ذكر ذلك بالاتي :

1– ما وراه طلحة بن زيد عن الإمام الصادق (عليه السلام) انه قال : ((قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو احق به إلى الليل)) [2].

2– ما رواه محمد بن إسماعيل عن بعض اصحابه عن الإمام الصادق (عليه السلام) أيضا : ((قال : قلت له نكون بمكة أو بالمدينة أو الحيرة أو المواضع التي يرجى فيها الفضل فربما خرج الرجل يتوضأ فيجيء آخر فيصير مكانه ، فقال (عليه السلام) : من سبق إلى موضعٍ فهو احق به يومه وليلته)) [3].

يبدو ان تحديد مدة معينة لهذا الحق يتناسب وهذا المورد أي السوق أو المسجد فان مثل هذا التحديد غير وارد في موارد أخرى كما في الوقف.

---

[1] ظ: العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، 4003/4، و ظ: جواهر الكلام : 79/38.

[2] الوسائل : 3542، الباب 56، من أبواب احكام المساجد الحديث ، 2.

[3] المصدر نفسه : الحديث (1).

3- ما رواه ابن أبي عمير عن بعض اصحابنا عن الإمام الصادق (عليه السلام) : ((سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق إلى مكان فهو احق به إلى الليل)) [1].

4- ما رواه في عوالي اللئالي عن النبي (ص) قال : ((من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو احق به)) [2].

فالكلام في حديث السبق انما هو من جهة ايجاد الحق ، بمجرد السبق من دون حاجة إلى عمل إلا انها مؤكدة له[3].

ثانياً : من طريق المذاهب الإسلامية :

1- ما رواه أبو داود عن اسمر بن مغرس انه قال : ((قال رسول الله (ع) : ((من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو احق به)) [4].

2- في سنن البيهقي : من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له [5].

وفي رواية أخرى عن الإمام علي (عليه السلام) : ((من سبق إلى مكان في السوق فهو احق به)). [6]

3- وفي كنز العمال : ((عن الاصبغ بن نباتة قال : خرجت مع علي بن أبي طالب (عليه السلام) إلى السوق فرأى أهل السوق قد جاوزوا امكنتهم فقال : ما هذا ؟ قالوا : أهل السوق قد جاوزوا امكنتهم فقال : ليس ذلك اليهم سوق المسلمين كمصلى المصلين من سبق إلى شيء فهو له)) [7].

بعد التعرف على الطرق التي جاءت بها رواية السبق لابد من بيان مدى الاعتماد عليها ومعرفته دلالتها ، فقد ضعف الرواية غير واحد من الفقهاء ومنهم الالباني حيث قال : ((حديث ضعيف ليس في رجاله من يعرف سوى الصحابي مغرس وهو في اخر السند ،

---

[1] وسائل الشيعة ، 300/12، الباب 17 من أبواب اداب التجارة الحديث (2).

[2] الشيخ علي بن إبراهيم الاحسائي والمعروف بابن جمهور ، عوالي اللآلي العزيزية في الأحاديث الدينية ، تحقيق اغا مجتبى العراقي : 480/3، الحديث 41، مطبعة سيد الشهداء ، ط1، 1404هـ - 1984م.

[3] الشيخ ناصر مكارم ، الشيرازي ، القواعد الفقهية ، 142/2.

[4] سنن أبي داود : 50/2، و ظ : الشوكاني ، نيل الاوطار ، 85/9.

[5] 142/6.

[6] المصدر نفسه ، وظ : الالباني ، الجامع الصغير : 1240/1.

[7] المتقي الهندي ، علاء الدين بن حسام الدين ، كنز العمال ، ضبطه وصححه : صفوة السقا ، وبكري الحياني ، مؤسسة الرسالة ، ط1، بيروت ، 1409هـ ، 985/1 حديث (14470).

ومحمد بن بشار – شيخ أبي داود – وهو اول السند ، ويعجب من ان صاحب المختار قد اورده واقره الحافظ في التخليص)) [1].

إلا انه نقله بلفظ اخر عن أبي هريرة : ((إذا قام الرجل من مجلسه ثم رجع إليه فهو احق به)) [2] فقال عنه صحيح[3].

وارسل الشيخ الطوسي هذه الرواية في المبسوط [4]، وقال السيد الخوئي عنها : ((واما حديث السبق ففيه .. انه ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء صغرى وكبرى)[5].

ويمكن مناقشة الاراء القائلة بضعف السند بالاتي :

ان القول بعدم الوقوف على الحديث مسنداً فان ذلك ينجبر بكثرة الاستدلال به في كثير من الموارد.

كذلك ان الحشد من الرواة له والتفريع عليه من قبل الفقهاء المسلمين ، وتلقيه من قبل الأمة وقبوله منهم يعضد جهالة سنده التي ادعاها الالباني ، كما ان له ما يعضد دلالته على الحكم باحاديث أخرى [6]، ذكرت من كل المذاهب الإسلامية .

وقد ذكر انه : لو كان ضعيفاً فإنما ينجبر بقدر عملهم به ولا يتم ذلك إلا في المورد الذي عملوا به ، ولازم ذلك انه يبقى على عدم الحجية في غير مورد العمل.

ويمكن الرد على ذلك بما قال به الشيخ المامقاني (ت: 1323هـ) ((ان كان عدم تمسكهم به ناشئاً عن اعراضهم عن اجرائه في المورد الخاص كان ذلك كاشفاً عن قرينة افادتهم المقصود به فلا يكون حجة ، والا فان كان من جهة عدم تعرضهم وعدم التفاتهم إلى ذلك الفرع الذي هو من موارد الحديث فذلك غير ضائر ، لانَّ عملهم به في مورد خاص يكون جابراً له بمعنى صدور لفظه)) [7].

---

[1] محمد ناصر الالباني ، رواد القليل في تخريج احايث منار السبيل : 9/6 حديث 1554.

[2] الالباني ، صحيح الجامع الصغير : 37/1.

[3] المصدر نفسه .

[4] ظ: المسبوط : 276/3.

[5] السيد الخوئي ، مصباح الفقاهة : 192/1.

[6] د. عبد الأمير زاهد ، المياه في الشريعة الإسلامية ، 117.

[7] الشيخ الفاضل المامقاني ، غاية الامال : 215/1.

والظاهر اعتبار بعض اسناده كخبر طلحة وابن أبي عمير ومحمد بن إسماعيل ، والشهرة العملية أيضا مما يجبر بها الضعف[1].

وبعد انجبار ضعفه بالعمل به تصح جهة النقض في صدوره وتبقى دلالة اللفظ متبعة بحكم الأدلة الدالة على حجية ظواهر الألفاظ فعلم ما ذكر ان سقوطه عن الاعتبار في صورة اعراضهم عنه بالنسبة إلى مورد خاص ليس مستنداً إلى ضعف السند بل هو أمر راجع إلى الدلالة[2].

ويبدو للباحث ان تعدد الروايات وكثرة التفريع عليها وقبول العمل به يضعد ضعف السند، ويمكن الاستدلال على ذلك بالاتي :

أ- الإجماع المحصل :

بيّن السيد محمد جواد العاملي قول العلامة الحلي : (فهو احق به) [3] . وجود إجماع إجماع محصل في المسألة قال : ((ما دام فيه اجماعاً محصلاً بل كاد يكون ضرورياً)) [4]، [4]، فهذا يكشف عن وجود إجماع بين الفقهاء على حديث السبق ، حيث ذكر هذا المعنى الشيخ محمد حسن النجفي ، قال : ((لا اشكال ولا خلاف في ان من سبق إلى مكان من المسجد فهو احق به ما دام جالساً فيه ، بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضرورة عليه)) [5]. [5].

وهذا يعني ان العمل وفق قاعدة السبق لا مجال لتركه لاختلال الضرورة الإنسانية ولو لم يكن ذلك لأختل النظام الاجتماعي فضلاً عن الانظمة الأخرى.

ب- سيرة المتشرعة والعقلاء:

---

[1] **الشيخ المنتظري ، دراسات في المكاسب المحرمة : 138/2.**

[2] **الماقماني ، غاية الامال في حاشية المكاسب ، تحقيق : محمد امين الماقماني ، مطبعة ثامن الحجج (ع)ط1، قم، 1423هـ ، 215/1.**

[3] **العلامة الحلي : قواعد الاحكام200/2.**

[4] **مفتاح الكرامة : 36/6.**

[5] **الشيخ محمد حسين النجفي ، جواهر الكلام : 88/38.**

لا يشك احد في ان أهل الشرع بل العقلاء اجمع استقر بناؤهم على كون السابق إلى شيء من المباحات احق به من غيره ، سوا كان من المباحات الاصلية أو من المنافع العامة وإذا زاحمة غيره يعد ظالماً ومتعدياً[1].

ويمكن الاستناد إلى السيرة العقلائية الحاكمة باختصاص من سبق إلى ما يشترك فيه غيره – كالمباحات الاصلية ونحوها – بذلك المشترك بحيث يرى العقلاء نحو اختصاص للسابق بذلك الشيء والشارع لم يردع من هذه السيرة فهي حجة[2].

وبعد القول بصحة العمل بحديث السبق للإجماع المحصل وسيرة العقلاء والمتشرعة ينبغي تدعيم ذلك ببعض التفريعات المسندة إلى هذا الحديث من قبل فقهاء المذاهب الإسلامية.

– الأمامية :

قال الشيخ الطوسي : ((المحيي لا يملك بالاحياء إلا إذا قصد تملكه به ، فإذا ثبت انه لا يملكه فانه يكون احق به مدة مقامه ، فإذا رحل فكل من سبق إليه فهو احق به)) [3].

وقال المحقق الحلي : ((و اما المسجد فمن سبق إلى مكان منه فهو احق به ما دام جالساً)) [4]، وذكر العلامة الحلي ، ان : ((المدارس والربط من سكن بيتاً من له السكنى فهو احق به وان طالت المدة)) [5]، وقد تقرر ان الناس في المعادن الظاهرة شرعا ، فمن سبق إليها فله اخذ حاجته منها ، ولو ازحم اثنان فصاعداً فالسابق إليها أولى[6].

وقال السيد الخوئي : ((يجوز لكل مسلم ان يتعبد ويصلي في المسجد ، وجميع المسلمين فيه شرع سوا ، ولا يجوز ان يزاحم الاخر فيه إذا كان الاخر سابقا عليه) [7].

---

[1] الشيخ ناصر مكارم الشيرازي ، القواعد الفقهية : 142/2.
[2] ظ: السيد محمد جعفر الجزائري المروج ،هدى الطالب الى شرح المكاسب، دار المجتبى ، ط2، قم ، 1425هـ، 169/1.
[3] المبسوط : 289/3.
[4] شرائع الإسلام : 277/3.
[5] تذكرة الفقهاء : 403/2.
[6] الشهيد الثاني : مسالك الافهام : 439/12.
[7] منهاج الصالحين : 163/2.

وقال أيضا : ((واما بالنسبة إلى مستحق السكنى بها – أي المدارس – فهي كالمساجد ، فمن حاز غرفة وسكنها فهو احق بها ، ولا يجوز لغيره ان يزاحمه ما لم يعرض عنها وان طالت المدة)) [1].

– الجمهور والمذاهب الإسلامية :

قد بيّن فقهاء المسلمين الحكم والاثر المترتب على سبق شخص غيره استنادا إلى قوله (ص) : ((من سبق إلى ما لم يسبق إليه غيره فهو احق به)) فقد اتفقت اراؤهم على ان من سبق إلى مباح قبل غيره فهو احق به وهو يدخل في ذلك الكلا والماء والنار والحطب والمعادن وغيرها من المباحات التي لا تدخل في ملك احد[2]، وعليه فحق الاختصاص في مثل هذه التفريعات الفقهية يكتسب من خلال معيار الاسبقية التي يبتنى عليها الحكم.

المطلب الثاني: شمول حديث السبق الى بعض الموارد :

هناك من يجعل الأحاديث الدالة على السبق منحصرة بالموارد التي وردت بها : كالسوق، والمسجد ، والاوقاف ، وهناك من يرى ان : الأحاديث ناظرة إلى ما كان متعارفاً في تلك العصور من عدم تحديد امكنة السوق ودكاكينها بالاشخاص وعدم دخولها في ملك ، بل كانت الاسواق كالمساجد وسائر الامكنة العامة ملكاً لجميع المسلمين ومباحة لهم ، وكان المتعارف عرض المتاع من البائعين كل يوم إلى الليل فكل واحد منهم احق بمكانه إلى تلك الليلة[3].

فمن جملة الاشكالات التي تطرح على اكتساب حق الاختصاص استنادا إلى حديث السبق: هو ان دلالة الرواية تفتقر على السبق إلى الاموال غير المنقولة كالاراضي وامثالها الاعيان الثابتة وعليه فلا تفيد الرواية السبق إلى الاموال المنقولة ، بل ان موردها هو فيما إذا كان هناك حق مشترك سابق في شيء فسبق احد المشتركين إليه كالاوقاف العامة ، فان

---

(1) السيد الخوئي : منهاج الصالحين : 164/2.

(2) ظ: حاشية بن عابدين الدرالمختار : 388/5 ، احمد محمد ، بلغة المسالك دار المعرفة ، ط1، بيروت ، 272/2، ظ: الشيرازي ، المهذب : 425/1، وظ: الروض المربع : 233/2.

(3) ظ : الشيخ ناصر مكارم الشيرازي ، القواعد الفقهية ، 140/2.

الموقوف عليهم على درجة العموم مشتركون في ثبوت حق لهم في الموقوف ، فإذا سبق احدهم للجلوس أو للسكن صدق عليه انه سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو احق به ويكون له حق الاختصاص بالجلوس أو بالسكن ، وهذا يوحي عدم انطباق السبق إلى الموارد المستحدثة الحاصلة بالسبق كالتقديم إلى الوظائف الحكومية كونها من الأمور المعنوية.

ويمكن الرد على ما تقدم بالاتي :

1- ان المتتبع من دلالة انما هو ظواهرها ،ولا يظهر من لفظ الحديث اختصاص الاعيان الثابتة[1] ، وقد استدل صاحب الجواهر لثبوت تملك الماء باحرازه في انية أو مصنع أو حوض بقوله (عليه السلام) : ((من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له)) [2]، وليست بينه وبين الحديث المذكور فرق إلا في ابدال لفظ ((احق به)) بلفظة ((له)) وذلك خارج عن موضع الدلالة ، لان من يدعي الاختصاص بالاعيان الثابتة تشمه بقوله (ع) : ((من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم)) فالحق ان لفظ الحديث شامل للمنقولات وغيرها من الاعيان الثابتة[3].

2- ويمكن الرد على ان الرواية جارية فيما إذا كان هناك حق مشترك في شيء فسبق احد المشتركين إليه بالاتي :

أ- لا تدل الرواية على الاقتصار بالمورد المتقدم ، وذلك لخروجها عن ظواهر الفاظ الرواية .

ب- ان مقتضى الاخبار ثبوت اشتراك الناس في المباحات ولا يختص بمثل الاوقاف العامة [4]، ويكفي في إثبات ذلك ما ذكره العلامة حيث قال : ((والاصل في استواء الناس في المباحات ما رواه المحدثون عن النبي(ص) انه قال : ((الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلاء)) [5]، ومن طريق الخاصة ما رواه احمد بن محمد عن محمد بن سنان عن

---

[1] **المامقاني ،غاية الآمال : 214/1 .**

[2] **البيهقي، السنن الكبرى : 142/6.**

[3] **المامقاني ، غاية الأفكار : 214/1.**

[4] **المصدر نفسه.**

[5] **ابن ماجة ، السنن ، كتاب الرهون باب 16.**

أبـي الحسـن (عليه السلام) قـال : سـألته عـن مـاء الـوادي فقـال : ((ان المسـلمين شـركاء فـي المـاء والنار والكلاء)) [1]. ولا خلاف في ذلك بين علماء الإسلام)) [2].

يبدو ان الرأي القائل بعدم شمول الروايـة للاموال المنقولـة أو غيرها كالاعيـان النجسـة لا يمكن الاخذ بـه إذ ان الروايات المتعددة كروايـة ابـن أبـي عميـر [3]، وروايـة البيهقـي[4] ، ورواية الاصبع بن نباتة[5]، تؤكد الغاء خصوصية* الموارد المذكورة في الرواية ، وعليه فلا داعي لتخصيص موارد الرواية .

كذلك اشكل علـى حديث السبق وورودە علـى وجهين إذ جـاءت احدهما : (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له) والاخرى (فهو احق به) وهذا يدل علـى ان الـلام للملك ، فيصـير ذلك قرينـة علـى ان المراد بـالاول أيضـا الاحقيـة الثابتـة فـي موارد الملك دون ويمكن الرد على ذلك الاشكال بالاتي :

1- لا منافاة بينهما صدوراً ودلالـة فيؤخذ بكل منهما بمقدار دلالته ، فيؤخذ بـالعام فـي موارده وبالخاص في موارده إذ ليس متنافين الظاهر [6].

2- ان وضع اللام ليس للملك بل للاختصاص الذي هو قدر مشترك بينه وبين غيره من موارد الاختصاص ، كما يرشد إليـه قاعدة تقديم الاشتراك المعنوي حيث دار الأمر بينـه وبين الاشتراك اللفظي والحقيقة والمجاز[7].

ويؤكد ما تقدم الاستدلال العلامة الحلي بحديث السبق واعتباره ان الـلام التـي جـاءت فيـه لام الاختصـاص لا الملك فقـال : (المرتفق بالمشـارع والمساجد إذا طـال العكوف عليهـا فالاقرب انه لا يزعج لأنـه احد المرتفقين فقد ثبت لـه السبق باليد، وان لم يفيد اولويـة فلا اقل من المساوات وقال (عليه السلام) : ((من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو لـه)) [8].

---

[1] الوسائل : 17 باب 5 من أبواب احياء الموات حديث 1.

[2] وسائل الشيعة :300/12 الباب 17 من أبواب التجارة حديث 2.

[3] تذكرة الفقهاء : 242/2.

[4] البيهقي ، السنن الكبرى : 142/6.

[5] * الغاء الخصوصية : تصميم الحكم إلى المورد إثبات الحكم لـه غير الخروج عن مشكلة تخصيص الحكم بـالمورد الذي ورد فيه (السيد عباس الموسوي ، مجلة فقه أهل البيت عدد (7) البناء الخصوصية عند الفقهاء) ص85-86.

[6] المامقاني ، غاية الامال : 216/1.

[7] المصدر نفسه.

[8] العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء : 406/2.

وبذلك يتحصل ان السبق تارة يرد على الاموال المنقولة والماء والكلاء،والاموال غير المنقولة كالارض ، فان الماء والكلاء وان كان يملك بعملية الاحراز إلا ان سبق شخص ما إلى المحل يكون أولى أو احق لاحرازه من غيره.

وان تحقق السبق إلى مال غير منقول غير قابل للتملك فينتج عن السبق حق اختصاص كما هو الحال في المؤسسات الحكومية المرصودة للنفع العام.

المطلب الثالث: دلالة اليد على حق الاختصاص :

ذهب أكثر الفقهاء إلى القول : ان وضع اليد المجرد عن العمل المثمر ، لا ينتج ملكية خاصة وغاية ما يتمخض عنه ، حق اختصاص واولوية كما في التحجير[1].

قال النراقي (ت: 1245هـ) : (كما ان مقتضى اليد أصالة الملكية فيما يملك، كذلك مقتضاها اصالة الاختصاص بذي اليد فيما ليس ملكاً ، كالوقف فلو كان شيء في يد احد مدعياً وقفيته عليه فادعاه غيره ولا بينه له يقدم قول ذي اليد) [2].

واستدل على ما ذهب إليه بموثقة يونس بن يعقوب قال (عليه السلام) : ((ومن استولى على شيء منه فهو له)) [3].

ولا شك ان الاستيلاء على الشيء يتحقق بكونه في يده ، والاختصاص بمتاع البيت غير ظائر ، لعدم الفاصل[4].

ووفق ما تقدم فان اليد لها دلالة على حق الاختصاص كونه مرتبة من مراتب الاختصاص الذي يتحصل في الملكية وغيرها ، وهذا واضح في الاعيان.

وقد آثار الفقهاء في قبال ذلك دلالة اليد على المنافع ، ولما كان حق الاختصاص مرة يكون في الاعيان واخرى في المنافع فقد اختلفوا في إثبات اليد له في المنافع ، من ذلك

---

[1] الباجي،المنتقى ، 30/6،الماوردي ،الاحكام السلطانية ،ص178، و ظ : السيد أبو الحسن الأصفهاني ، وسيلة النجاة ، دار المعارف ، ط2، بروت ، 1977م، 212/2.

[2] عوائد الايام ، مركز الابحاث والدراسات الإسلامية ، ط1، 1417هـ ، ص744.

[3] الشيخ الطوسي ، تهذيب الاحكام : 203/9.

[4] عوائد الايام ، 738.

ما ذهب إليه النراقي من اقتضاء اليد للاختصاص بالاعيان وعدم جريانها في المنافع للأصل وعدم ثبوت الإجماع في غير الاعيان[1].

وقد نقض السيد اليزدي على الشيخ النراقي بحق الاختصاص نفسه ، فانه لو ثبت لشخص حق الاختصاص في الأرض مثلاً فانه يصدق الاستيلاء عليه عرفاً ، مع ان الاختصاص من قبيل المنفعة ، وحينئذ ان اليد امارة عل ثبوت حق الاختصاص هي امارة على ملكية المنفعة[2] .

وقد رد احد الباحثين على السيد اليدي بما محصله : ان المثبت لحق الاختصاص هو الاستيلاء على العين ، إذ الاستيلاء على العين قد يكون امارة على ملكية العين ، وقد يكون امارة على ثبوت حق الاختصاص وعليه فالكاشف عن حق الاختصاص هو الاستيلاء على العين[3].

ويرجح الباحث ما ذهب إليه السيد اليزدي من ان حق الاختصاص في احد جوانبه من قبيل المنافع فتصح امارية اليد عليه ، وما ذكر من ان الكاشف عن حق الاختصاص هو الاستيلاء على العين غير تام وهو مدفوع عرفاً ، لان الاستيلاء في حق الاختصاص يكون في منافعها ولو كان الاستيلاء على العين لاصبح مالكاً لها.

وقد ذكر الفقهاء ان الانتفاع الذي ينتج عن حق الاختصاص يكون بقدر حاجة المنتفع ولا يحق لصاحب الاختصاص منع غيره [4]، فلو كان الاستيلاء حاصل على العين لمنع غيره وان زاد عن حاجته مثله مثل الموجر الذي استولى على العين الموجرة بعقد الايجار فانه يمنع غير وان لم ينتفع بالعين الموجرة.

وقد اعتبر السيد محمد باقر الصدر ان اليد هي نفسها دالة على الملكية وكذلك المراتب الدنيا منها كالاختصاص ، حيث قال : (ولهذا تثبت الملكية ولو لم يخبر صاحب اليد بذلك ، كما ان ثبوت المراتب الدنيا من الاختصاص التشريعي – بعد العلم الخارجي بعدم الملكية – يقوم على أساس اليد أيضا ، لا الإخبار ، فان الاختصاص والاستيلاء

---

[1] الشيخ النراقي ، مستند الشيعة ، تحقيق مؤسسة آل البيت (e) لاحياء التراث ، قم ، 1415هـ، 341/17.

[2] السيد اليزدي ، تكملة العروة الوثقى ، مطبعة الحيدري ، ط1، طهران ، 1378هـ ، 494/2.

[3] ظ: منير الخباز ، اليد في المنافع ، شبكة المنير ، 2008/10/24.

[4] ظ: الشيخ الطوسي : المبسوط : 275/3، العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء : 403/2، و ظ: الرملي ، نهاية المحتاج : 350/5، المداوي ، الانصاف : 380/1.

التكويني ، يكشف عن تمام مراتب الاختصاص التشريعي ، وإذا ثبت من الخارج عدم مرتبة بقيت المراتب الأخرى على ثبوتها) [1].

ويبدو للباحث ما دام حق الاختصاص مرتبة ادنى من الملكية ، فلا يبقى شك في دلالة يد المختص على احقيته بما اختص به ، وعليه يرجح الباحث : ان اليد من اهم الاسباب التي تثبت حق الاختصاص في الانتفاع لها تحت اليد ، فإذا قامت البينة – مثلاً – على عدم مالكية انسان لما في يده ، أو اقر ، ذو اليد بذلك فلا تسقط اليد عن الاعتبار راسا حتى بالنسبة إلى سائر الاختصاصات ، فان سقوطها عن الاعتبار ممحض من جهة الاختصاص الملكي ، وذلك لعموم امارية اليد لجميع مراتب الاختصاص التي اعلاها الاختصاص الملكي فتبقى مراتب الاختصاص الأخرى[2]،والتي منها حق الاختصاص بالانتفاع .

---

[1] بحوث في شرح العروة الوثقى دار التعارف ، ط1، بيروت : 110/2.

[2] اغا ضياء الدين العراقي ، نهاية الأفكار ، تقريرات محمد تقي البروجردي ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، 1405هـ ، 33/4.

المبحث الثالث : حديث الشركة

المطلب الأول – تعريف الشركة :

الشركة في (اللغة) من : شرك ، والشرِكّةُ ، والشَّرْكة : المخالطة [1].

وفي الاصطلاح :

عرفها : العلامة الحلي بقوله : (إجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع ، أو استحقاق شخصين فصاعداً على سبيل الشياع امرا من الأمور)[2]،وعرفها الشيخ محمد حسن النجفي بتعريف قريب منه[3].

وعرفها الحنفية :

ان يملك اثنان عيناُ ارثاً أو شراءً [4]، أو هي: ((اختصاص اثنين فاكثر بمحلٍ واحد)) [5].

وعرفها المالكية بمعناها العام : تقرر متمول بين مالكين فاكثر ملكاً فقط [6].

وعرفها الشافعية : ثبوت الحق في شيء لاثنين فاكثر على جهة الشيوع[7].

---

[1] ظ: لسان العرب : 448/10، و ظ : معجم مقاييس اللغة ،: 65/3، وتاج العروس : 223/27.

[2] تذكرة الفقهاء : 178/2.

[3] جواهر الكلام : 284/26.

[4] البحر الرائق : 179/5، الدر المختار : 99/4.

[5] الدر المنتقى : 714/1.

[6] الخرشي ، شرح على مختصر خليل : 38/6.

[7] اسنى المطالب في شرح روض الطالب: 252/2، الشربيني،الاقناع ، 316/2، تكملةالجموع شرح المهذب: 505/13

وعند الحنابلة هي : اجتماع في استحقاق أو تصرف[1].

ويبدو من التعريفات الفقهية للشركة انها ناظرة إلى العموم ، والذي يهم البحث هو شركة الإباحة الذي يثبت لجميع الشركاء الانتفاع بما اذن لهم فيه كونهم شركاء به ، استنادا إلى ما روي عن رسول الله (ص) قوله : ((الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلاء والنار)) [2].

المطلب الثاني : طبيعة الشركة في الرواية :

الأشياء التي ابيح الانتفاع بها بقوله (ص) : ((الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلاء والنار)) [3]. وفي رواية : ((المسلمون شركاء في ثلاث : الماء والكلاء والنار)) [4].فطبيعة الشركة في هذه الموارد شركة اباحة ولست شركة ملك[5].

وقد ذكر الفقهاء ان هذه الشركة – أي شركة الإباحة – خالية من الاختصاص .

ومثال ذلك ما ورد في المياه – باعتبارها من ابرز مصاديق شركة الإباحة قيل فيها : (ليس لاحد حق خاص فيها ولا في الشرب ، بل هو حق لعامة المسلمن فكل احد من الناس ان ينتفع بهذه الانهار .... فلا يثبت الاختصاص بها لاحد) [6].

ويبدو ان الاختصاص المنفي هو الاختصاص الذي يكون في شركة الملك ، والا فان الانتفاع يمكن ان يصاحبه اختصاص ولو لمدة مؤقتة كما في حاله الاستيفاء.

فان السبق في شركة الإباحة هو الذي يقدم مستحقاً على غيره ، وكذلك من جهة حجم الانتفاع فانه في شركة الإباحة يتحدد باساس حجم الحاجة واولوية السبق[7].ويمكن ان يحصل حق اختصاص بالانتفاع استناداً إلى شركة الإباحة في المشتركات التي تتميز

---

[1] ابن قدامة ، المغني : 3/5.

[2] أبو داود ، سنن أبو داود : 102/2، سنن ابن ماجة : 826/2، الحاكم ، المستدرك على الصحيحين : 44/2.

[3]أبو داود ، سنن أبو داود : 102/2، سنن ابن ماجة : 826/2، الحاكم ، المستدرك على الصحيحين : 44/2.

[4] المصدر نفسه .

[5] د. عبد الأمير زاهد ، المياه واحكامها في الشريعة الإسلامية ، ص59.

[6] ابن مودود الموصلي ، الاختيار التعليل المختار : 96/3.

[7] د. عبد الأمير زاهد : المياه واحكامها في الشريعة الإسلامية ، ص60.

بالثبات والاستقرار كالمعادن حيث يختص بها ((أهل الاقليم طالما المعيار هو السبق إلى المباحات ، واهل الاقليم اسبق إلى مباحات اقليمهم)) [1].

وعليه يبدو ان حديث الشركة قد وان الناس جميعاً لهم حق الانتفاع ، وهو تأسيس قد ثبت به الاستحقاق ، وفي حالة التزاحم عند الفقهاء الانتفاع يكون للسابق حق اختصاص.

المبحث الرابع :مفهوم التحجير

المطلب الأول : تعريف التحجير :

أولا : لغة :

التحجير في اللغة من الحَجْر ، وله أكثر من معنى ، واقرب معانيه هو المنع ، وذلك لان المتحجر يمنع بعمله غيره من الاقتراب من الأرض التي حجرها ، ومنه قولهم : (حجر القاضي عليه) أي منعه من التصرف في ماله[2]، واحتجرت الأرض جعلت عليها مناراً ، واعلمت علماً في حدودها لحيازتها ، يقال : حجرت الأرض واحتجرتها إذ ضربت عليها مناراً تمنعها به من غيرك[3].

ويمكن ان يكون المعنى من الحَجَر ، وذلك لان المتحجر يضع حول أرضه الحجارة ليجعلها علامة على اختصاصه بهذه الأرض وقد ذكر هذا المعنى في قولهم : حجر الأرض وعليها وحولها ، وضع على حدودها اعلاماً بالحجارة ونحوها لحيازتها[4].

ثانياً : التحجير في الاصطلاح:

---

(1) المصدر نفسه

(2) الجوهري ، الصحاح ، 514/1 (مادة حجر).

(3) ابن منظور ، لسان العرب : 168/4.

(4) المعجم الوسيط ، مادة حجر.

عرفه الشيخ الطوسي بانه : ان يؤثر فيها – الأرض – اثرا لم يبلغ به حد الاحياء ، فانه يكون احق بها من غيره[1]، وان ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط[2]، أو يحفر ساقية أو ادارة تراب حول الأرض أو احجار ، ولا يفيد تمليكاً ، بل يفيد اختصاصاً واولوية[3]، أو وضع علامة كحجر أو غيره على الجوانب الأربعة[4].

وعرفه الكاساني بانه : (عبارة عن وضع احجار أو خط حولها – الأرض– يريد ان يحجر غيره عن الاستيلاء عليها) [5].

يبدو ان الفقهاء قد اتفقوا على المقصود من التحجير من خلال تعريفه وبيان ماهيته ، إلا ان هناك اختلاف يسير بينهم ، فمنهم من جعل المقصود منه اماريته على الأرض من دون الشروع في عملية الاحياء ، ومنهم من أطلق الشروع في الاحياء مصطلح التحجير ، كقولهم : ان يشرع في احيائه ولم يتمم صار احق به من غيره[6].

ويتضح ان غاية ما ينتج من التحجير حق الاختصاص لا تملك ، وبالتالي لا تثبت به ملكية ، وفي توريثه خلاف حسب ما يتبين في محله .

ويلاحظ ان الأثر المترتب على التحجير واضح من خلال اتفاق كلمة الفقهاء على ان التحجير يثبت به حق الاختصاص على الغير[7].

واختلف بعض فقهاء الحنفية فمنهم من قال يفيد ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد[8].

المطلب الثاني : مدة حق الاختصاص المكتسب بالتحجير والتعسف فيه

اتفق الفقهاء على ان الأرض المحجرة لا يجوز الانتفاع بها من غير المحجر،لان المحتجر له حق الاختصاص بالانتفاع بها ، إلا انهم بينوا المدة الشرعية لحق الاختصاص

---

(1) المبسوط : 273/3.

(2) المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 80/4.

(3) العلامة الحلي ، قواعد الاحكام : 80/2.

(4) ظ:الفتاوى الهندية: 386/5،و ظ : شرح فتح القدير: 138/8–139، و ظ :الدسوقي،حاشية الدسوقي : 7/4

(5) بدائع الصنائع : 195/6.

(6) الشيرازي : المهذب : 425/1 ، و ظ : ابن قدامة ، المغني : 513/7 ..

(7) ظ : الطوسي ، البسوط : 273/3، و ظ : المغني : 513/7، و ظ : بدائع الصنائع : 196/6، ظ: نهاية المحتاج : 336/5، ظ : الزيلعي : 35/6.

(8) فتح القدير : 336/22.

الممنوح للمحتجر والا كان متعسفاً في استعمال هذا الحق ، ولم تخلو هذه المسألة من خلاف بينهم ويمكن بيان ذلك وفق الآتي :

أولا : المدة الشرعية للتحجير :

اعتبر الشيخ الطوسي ان المدة الشرعية للتحجير محالة للعرف[1] ويمكن القول ان المعيار في مدة التحجير هو زوال الآثار الدالة عليه ، قال العلامة : (ان أهمل عمارتها – أي الأرض – حتى زالت اثاره بطلت الأولوية وعادت الأرض مواتاً ، ولو طال زمان الاهمال ولم يرفع الأمر إلى السلطان ولا خاطبه بشيء قيل :تبطل....وقيل: لا تبطل) [2].

وصرح جمع من فقهاء الأمامية : انه لو زالت آثار التحجير بسبب الاهمال فيزول حق الاختصاص أيضا [3].

ويرى السيد الخوئي سقوط حق اختصاص المحجر بالاهمال الذي يعد عرفاً تعطيلاً للارض إلا انه (قد) احتاط بمراعاة هذا الحق إلى ثلاث سنين[4].

واعتبر الحنفية ان مدة حق الاختصاص الحاصل بالتحجير هي ثلاث سنوات وهذا الحكم ديانة ، اما قضاءً فإذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكعها ، فان لم يقم باحيائها اخذها الإمام ودفعها إلى غيره [5].، واستندوا في ذلك على رواية عن عمر بن الخطاب قال : ((ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق))

وذهب المالكية أيضا إلى ان من أهل الأرض التي حجرها بان لم يعمل فيها ،مع قوته على العمل من ذلك الحين إلى ثلاثة سنوات فانها توخذ منه.

وذهب الشافعية إلى انه (لو طالت مدة التحجير عرفا بلا عذر ولم يححي قال له السلطان أو نائبه احي أو اترك ما تحجرته لتضييقه على الناس في حق مشترك فمنع منه ، فان استمهل وابدى عذراً امهل مدة قريبة ... فان مضت ولم يفعل شيئاً بطل حقه) [6].

وذهب الحنابلة أيضا إلى ان معيار مدة التحجير هو العرف[7].

---

[1] **ظ: الطوسي : المبسوط : 281/3.**

[2] **تذكرة الفقهاء : 411/2.**

[3] **ظ: المحقق الكركي ، جامع المقاصد ، 29/27، الاردبيلي ، مجمع الفائدة : 374/9، وكاشف الغفار ، كشف الغطاء الغطاء : 399/4.**

[4] **منهاج الصالحين ، نشر مدينة العلم ، ط28، قم ، 1410هـ، 159/2 مسألة (744).**

[5] **ظ: حاشية الدسوقي : 69/4، الرحوني : 101/7-164**

[6] **ظ: الرملي : نهاية المحتاج : 327/5**

[7] **ابن قدامة ، المغني : 332/5، و ظ : البهوتي ، شرح منتهى الارادات : 368/2**

ثانياً : التعسف في استعمال حق الاختصاص المكتب بالتحجير :

يمكن ان نلمس فكرة التعسف في استعمال حق الاختصاص المكتسب بالتحجير من خلال توقيت التحجير سواء كان ذلك من خلال العرف أو تعينه بثلاث سنين أو بحصول الاهمال من قبل المتحجر .

فالملاحظ ان التحجير من شروط الاحياء باعتباره طريقاً استثمارياً – وهذا الشرط له مقتضيات ملحوظة يمكن من خلالها تحقيق الهدف المرجو من الاحياء الذي هو الغرض الأساس من التحجير ، وهذه المقتضيات هي [1]:

1- تحديد مساحات المشروعات المنوي اقامتها على الأرض ، والتحديد على نوع انتاجها.

2- التعجيل ببدأ المشروع واكمال اسس المشاريع ، والا تعرّض المحيي إلى سحب الحق.

3- تدخل السلطة التنفيذية نيابة عن المجتمع في حث المحيين على انجاز المشروعات لتحقيق المصالح العامة.

وإذا ما تعطل التوصل إلى هذه الاهداف من خلال مقتضيات التحجير والغرض الأساس منه فان المتحجر صاحب حق الاختصاص يعد متعسفاً ، فلو ابقى الأرض في حوزته إلى امد غير محدود من دون ان يستثمرها كان ابقاؤها لديه مخالفاً للغرض الذي اعطي حق الاختصاص من اجله ، حيث لم يحقق نفعهاً ، بل على العكس يكون قد منع الغير احياء ارض قابلة للاستثمار ، فعطلها ومنع نفعها الاخرين من دون ان يستفد هو نفسه ، وعلى هذا يعتبر متعسفا في قصده ابقاء الأرض لديه،وجزاءهذا التعسف فهوسقوط حق اختصاصه بها ، واجباره على التخلية وهو شيء متفق عليه عند المذاهب الإسلامية[2].

---

[1] د. عبد الأمير كاظم زاهد ، دراسات في الفكر الاقتصادي الإسلامي ، ص89-90.

[2] ظ: الطوسي ، المبسوط : 273/3، و ظ : المحقق الحلي ، الشارئع : 275/3، و ظ : العلامة الحلي ، قواعد الاحكام : 269/2، و ظ : تحرير الاحكام : 486/4، و ظ الشهيد الثاني : مسالك الافهام : 420/12، و ظ : نهاية المحتاج : 336/5-337، و ظ : ابن قدامة ، المغني : 154/6-155، و ظ : ابن المرتضى ، شرح الازهار : 325/3

المطلب الرابع – احياء ما احتجره الغير

الاحياء في حد ذاته أمر مشروع ومرغوب فيه ، فهو مرة يفيد الملك واخرى يفيد حق الاختصاص بالمحيى ، وهو بمعناه الفقهي : اخراج الشيء من حالة التعطيل وعدم الانتفاع إلى حالة الانتفاع [1]، وهو يقيد حق الاختصاص إذا كان في الاراضي غير القابلة للتملك ، مثل : ارض المسلمين التي كانت عامرة حين الفتح ثم عرضا الموت بعد ذلك ، فان المحي يختص بالانتفاع بها ويملك الاثار التي عليها[2].

وهو يفيد حق الاختصاص إذا كان في الأراضي غير القابلة للتملك ، مثل ارض المسلمين التي كانت عامرة حين الفتح ثم عرض الموات بعد وكذلك ، فان المحيي يكون له بها حق الاختصاص بالانتفاع ويملك الآثار التي عليها[3] ، الموات على راي بعض الفقهاء[4].

هذا إذا لم تكن الأرض محجرة ، اما إذا وجد تحجير ثبت به حق اختصاص سابق فهل يحق احياء ما احتجر من قبل الغير ؟ في المسألة خلاف مبني على الاختلاف الحاصل في طول المدة التي يبقى فيها حق اختصاص المتحجر ، فللفقهاء في ذلك أكثر من اتجاه وهي كالاتي :

الاتجاه الأول – ان الأرض لمن احياها ، كون المحيي ثبت له الملك دون المتحجر ، وذهب إلى هذا الرأي جماعة من الحنفية[5]. والشافعية [6]، عند الحنابلة في احد الاراء[7].

الاتجاه الثاني : بقاء حق اختصاص المتحجر وذهب إلى هذا الرأي الأمامية ، حيث اعتبروا ان من جملة شروط التملك بالاحياء ان لا يسبق سابق بالتحجير ، قال المحقق

---

[1] ظ: ابن البراج ، المهذب البارع : 283/4، و ظ : جواهر الكلام : 67/38

[2] ظ: المبسوط : 29/2، النهاية : 194–195، العلامة الحلي ، منتهى المطلب : 936/2.

[3] ظ : الطوسي ، المبسوط : 29/2، و ط : النهاية : 194–195، والعلامة ، الحلي ، منتهى المطلب : 936/2.

[4] الكركي : مجمع الفائدة : 472/7، السيد اليزدي ، العروة الوثقى : 272/4 م .

[5] ظ: فتح القدير : 72/10.

[6] ظ : نهاية المحتاج : 231/5.

[7] المغني : 231/5.

الحلي : ((التحجير يفيد اولوية لا ملكاً للرقبة وان ملك به التصرف حتى لو تهجم عليه من يروم الاحياء كان له منعه ولو قاهرة فاحياه لم يملك) [1].

إلا ان الشيخ محمد حسن النجفي عند توضيحه كلام المحقق المتقدم قال : (على انه يمكن ذلك كما تسمعه في التحجير إذا لم يحيي المحجر كما صرح في جامع المقاصد ، وان كان ذكر المصنف وغيره ذلك في التحجير دونه يشعر بالعدم ، بل لولا ظهور الاتفاق عليه هناك لامكن اشكاله بتعلق الحق الذي يقتضي استصحابه عدم الزوال وان عطل ... بل في الرياض عليه الإجماع) [2]. وهذا يعني استصحاب حق الاختصاص المكتسب بالتحجير وعليه فلا يجوز التعدي عليه بالاحياء .

وكذلك ذهب إلى هذا الاتجاه بعض فقهاء المذاهب الإسلامية [3]، واستدلوا بروايه عن رسول الله (ص) : ((من عمر ارضا ليس لاحد فهو احق بها)) [4]، أو في رواية أخرى : (في حق مسلم فهي له) [5]، ووجه دلالتها : ان للمتحجر حق في الأرض المراد اعمارها اعمارها فلا يجوز للمحيي التعدي على حق الاختصاص بالمورد المراد احياءه.

---

[1] **شرائع الإسلام : 168/2.**

[2] **جواهر الكلام : 55/38.**

[3] **البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، 368/2، و ظ : كشاف القناع : 193/4.**

[4] **صحيح البخاري ، 823/2، حديث : 2210.**

[5] **فتح الباري : 23/5-24.**

المبحث الخامس:مفهوم الاقطاع

المطلب الأول : تعريف الاقطاع ومدى شموله

أولا : تعريفه (لغة) :

الاقطاع في اللغة مأخوذ من القطع ، وهو ابانه بعض أجزاء الجرم من بعض فلاً ، وقطعه يقطعه قطعاً وقطيعة وقطوعاً ، والقطعة من الشيء الطائفة منه ، واقتطع طائفة من الشيء اخذها ، وهو مصدر اقطع : بمعنى اذن في القطع[1].

ويقال : قطعته قطيعة : أي طائفة من ارض الخراج [2]، والقطيعة اسم للوظيفة وللغريبة[3].

ثانياً : الاقطاع في الاصطلاح :

الاقطاع كما يحدده الشيخ الطوسي هو : ان يقطع السلطان رجلاً في الرعية قطعة من الموات حيث يصير احق بها من غيره[4].

وعرف أيضا : ((ان يختص الإمام بعض الناس بارض لا يد لاحد عليها تمليكا أو استغلالاً)) [5].

وهو تسويغ الإمام من مال الله شيئاً لمن يراه اهلا لذلك واكثرها يستعمل في الأرض وهو ان يعطي الإمام منها شيئاً من يراه يجوزه اما بقصد ان يستهلكه بعمارته وذلك في الأرض الموات ، واما بان يحيل له غلته مدة من الزمان أو مدة حياته[6].

وعلق السبكي (ت: هـ) على هذا التعريف بقوله : (وهذا المعنى الثاني هو الذي يسمى في زماننا اقطاعاً وبه يحصل للمقطع له اختصاص بما اقطع له من الأرض المتحجر ولا يملك به الرقبة) [7].

---

[1] ظ: لسان العرب : 280/8–281 ، و ظ : الجوهري ، الصحاح : 48/2، مادة (قطع) .

[2] الفيروز آبادي ، القاموس ، المحيط : 315/2.

[3] القيومي ، المصباح المنير : 2.

[4] المبسوط : 273/3.

[5] ظ:حاشيةابن عابدين :193/3، وظ: بدائع الصنائع : 194/6،و ظ :حاشية العودي على شرح الخرشي: 67/7

[6]عن موسوعة الفقه : 194/23. .

[7] السبكي ، الأشباه والنظائر : 56/1.

وقال الشهيد الثاني : (لأقطاع الإمام مدخل في الموات يمنع غير المقطع من احيائه ويصير المقطع أولى به احق به كالتحجير ، ويمنع الغير من المزاحمة له....والاقطاع المذكور لا يفيد الملك ، بل الاختصاص المانع لغيره من الاحياء) [1].

وهو أيضا : تخصيص الدولة قطعة من الأرض أو نحوها من الموارد الطبيعية لشخص قادرٍ على العمل ، على نحو الامتاع أو التمليك أو غيره[2].

وهذا التعريف اقرب تلك التعريفات إلى حقيقة الاقطاع ومفهومه الاصطلاحي الخاص عند الفقهاء ، ذلك لان الاقطاعات يمكن ان تتناول مضافاً إلى الأرض بعضاً من الموارد الأخرى ، كما ان جعل الاقطاع قاصراً على صورة التمليك لا يلتئم أيضا مع الحكم باعطاء صفة الاستغلال وعليه فالصحيح تجريد صفة الملكية من التعريفات المذكورة بما فيها التعريف الاخير الذي هو اقرب إلى الدقة والى الرأي السائد بين الفقهاء[3].

وقد راى العلامة الحلي[4] ، والشهيد الثاني[5] ، إلى تجريد الاقطاع من الملك،ومن هذا نستطيع ان نفهم دور الاقطاع ومصطلحه الفقهي ، فهو اسلوب من اساليب استثمار المواد الخام، يتخذه الإمام حين يرى ان السماح للافراد باستثمار تلك الثروات افضل الاساليب للاستفادة منها في ظرفً معين ، ولذلك لا يجوز للامام اقطاع الفرد ما يزيد على طاقته ويعجز عن استثماره[6].

وقد نص العلامة على ذلك بقوله : (ولا ينبغي للامام ان يقطع احداً من الموات ما لا يمكنه عمارته لما فيه من التضييق على الناس في مشترك بما لا فائدة فيه) [7]. وذهب إلى هذا المعنى بعض الفقهاء أيضا من المذاهب الإسلامية الأخرى[8].

---

[1] مسالك الافهام : 418/2.

[2] الخوارزمي ، أبو عبد الله محمد بن احمد بن يوسف الكاتب ، مفتاح العلوم ، إدارة الطباعة المنيرية ، ط1، 1342هـ القاهرة ، ص40.

[3] د. محمود المظفر : احياء الأرض الموات : 265-266.

[4] ظ: قواعد الاحكام : 269/2.

[5] ظ: مسالك الافهام : 418/12.

[6] السيد محمد باقر الصدر ، اقتصادنا ، 486.

[7] العلامة الحلي ، تحرير الاحكام الشرعية : 490/4.

[8] ظ: الرملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : 341/5، و ظ : ابن قدامى ، المغني : 166/6.

ثانياً : مدى اتساع الاقطاع لبعض الموارد :

لما كان الاقطاع من اهم الاسباب التي يمكن من خلاله اكتساب حق الاختصاص ، فقد يتصور ان الاقطاع يمكن ان ينحصر في الاراضي ولا يمكن ان يتسع إلى غيرها.

إلا ان الروايات الواردة عن الرسول الاكرم (ص) تبين انه (ص) قام باقطاع الدور.

ففي رواية عنه (ص) انه (لمّا قدم رسول الله (ص) المدينة ، اقطع الناس الدور،فقال حيٌ من بني زهرة : نكب عنا ابن ام عبدٍ ، فقال رسول الله (ص) : ((فلم ابتعثني الله اذن ؟ ان الله لا يقدس أُمةً لا يؤخذ للضعيف فيهم حقه)) [1].

قال الشافعي (ت:204هـ) في هذا الحديث دلائل : (منها ان حقاً على الوالي اقطاع من سأله القطيع من المسلمين ... ودلالة على ان النبي (ص) اقطع الناس بالمدينة...) [2]. [2].

كما ورد بانه (ص) اقطع عقبة بن فرقد موضع دار بمكة فيما يلي المروة ، وخط لعمر بن حريث داراً بالمدينة وقال له : (ازيدك) [3].

ويمكن من خلال ما تقدم الاستدلال على عدم حصر الاقطاع بالاراضي لغرض الزراعة وانما يمكن ان يكون للاغراض السكنية ، فيمكن من خلال هذا العمل حل الازمات السكنية التي تعاني منها بلدان العالم.

المطلب الثاني : الأثر المترتب على الاقطاع

اتفق الفقهاء المسلمين على جواز أصل الاقطاع ومشروعيته ، ولكنهم اختلفوا في الأثر الذي ينتج عنه ، هل الملك فيكون سببا من أسباب اكتساب الملكية ؟ ام انه سببا لاكتساب حق الاختصاص والاولوية على الاخرين ؟ ظهر اتجاهان في هذا الشأن :

---

[1] مسند الشافعي : 436/2، و ظ : البيهقي ن السنن الكبرى : 145/6.

[2] السافعي ، الام : 371/4.

[3] سنن أبي داود : 154/2و ظ : الشوكاني : محمد بن علي بن محمد بن عبد الله ، نيل الامطار في شرح منتقى الإخبار من أحاديث سيد الإخبار ، دار الجيل ، ط1، بيروت ، 1973، 328/5.

الاتجاه الأول – الاقطاع سبباً لاكتساب حق الاختصاص :

وعلى هذا الاتجاه جمهور الفقهاء ، فقد اعتبر الأمامية ان الاقطاع سبباً ، في الاختصاص قال الشيخ الطوسي : (إذا اقطع السلطان رجلاً من الرعية قطعةً من الموات ، صار احق بها من غيره باقطاع السلطان اياه بلاخلاف) [1].

وقال العلامة الحلي : (ويفيد الاقطاع التخصيص والاحقية كالتحجير ويمنع الغير من المزاحمة له ولا يصح رفع هذا الاختصاص بالاحياء) [2].وعُدَّ الاقطاع في قواعد الاحكام من أسباب الاختصاص[3].

وقال صاحب الجواهر مازجاً كمه بكلام المحقق في الشرائع : (فلا ريب ، بل : لا خلاف في انه – أي الاقطاع – يفيد اختصاصا مانعا من المزاحمة ، فلا يصح رفع هذا الاختصاص بالاحياء) [4].

إلا انه (قد) ناقش انحصار افادة الاقطاع الاختصاص فقط أو انه يدور مدار الوجه الذي حصل له فان كان على وجه الاختصاص افاد الاختصاص وان كان على وجه التمليك افاد التمليك إذ لا ريب في ان للمعصوم (عليه السلام) ذلك قال : ((وكأن ما ذكر من الاختصاص المزبور مبني على عدم تملك الموات بغير الاحياء ، ولكن فيه منع واضح ان لم يكن اجماعاً ، وحينئذٍ فلابد من تنزيل الاقطاع المزبور على وجه الاختصاص والاحقية بالاحياء ، والا فلو فرض كونه على جهة التمليك جاز ان يكون اجماعا ، وليس لاحد حينئذ الاعتراض عليه بتعطيله وان تمادى الزمان على اشكال،لأحتمال جواز احياء الغير له بأجرة) [5].

---

[1] **الطوسي : المبسوط : 273/3، و ظ : المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 274/3، وجامع الشرائع : 375.**

[2] **تذكرة الفقهاء : 411/2.**

[3] **القواعد : 269/2، و ظ: الشهيد الأول ، الدروس : 61/3، واللمعة الدمشقية ، 242، والشهيد الثاني ، المسالك:418/11.**

[4] **الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 55/38.**

[5] **جواهر الكلام : 55/38-56.**

واما الحنفية فايضا اعتبروا ان الاقطاع ليس سببا من أسباب الملكية ، وانما المقطع له احق من غيره ويصير كالمتحجر[1]، وللامام اقطاع موات لمن يحييه ، ولا يملكه بل يصير كالمتحجر الشارع في الاحياء[2]، أي له حق الاختصاص بها .

وقد خالف ابن عابدين مذهبه في اقطاع الأرض وذهب إلى ثبوت الملك بالاقطاع ، حيث قال : (قلت هذا صريح في ان القطائع قد تكون من الموات ، وقد تكون من بيت المال لمن هد من مصارفه وانه يملك رقبة الأرض) [3].

واستدل على ذلك : ان اخذ العشر منه دليل على ملكه للارض ، لانها بمنزلة الصدقة[4].

واستدل على ما ذهب إليه بقول أبي يوسف: ((وكل من اقطعه الولاة المهديون ارضا من ارض السواد وارض العرب والجبال من الاصناف التي ذكرنا ان للامام ان يقطع منها ، فلا يحل لمن بعده من الخلفاء ان يرد ذلك ولا يخرجه من يد من هو في يده وارث أو مشترٍ) [5].

ثم يعقب قائلاً : (فهذا يدل على ان للامام ان يعطي الأرض من بيت المال علي وجه التمليك لرقبتها ، كما يعطي المال حيث راى المصلحة ، إذ لا فرق بين الأرض والمال في الدفع للمستحق ، فاغتنم هذه الفائدة فاني لم ار من صرح بها ، وانما المشهور وفي الكتب ان الاقطاع تمليك الخراج مع بقاء رقبة الأرض لبيت المال) [6].

ويبدو من كلام ابن عابدين المتقدم عموم الحكم على الأرض من دون تغريق بين إذا كانت مواتاً أو عامرة.

وذهب الشافعية – أيضا – ان الاقطاع يفيد الاختصاص لا الملك وفي ذلك جاء : ((ولو اقطعه الإمام مواتاً صار احق باحيائها بمجرد الاقطاع كالمتحجر في احكامه) [7].

---

[1] الكاساني ، بدائع الصنائع : 194/6، و ظ : الماوردي : 118/1.

[2] ظ: المصدر نفسه.

[3] رد المحتار على الدر المختار : 193/4.

[4] المصدر نفسه .

[5] أبو يوسف ، الخراج ، ص260.

[6] ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، 194/4.

[7] الرملي ، نهاية المحتاج : 337/5.

اما إذا شرع المقطع له في احياء ما اقطع له فانه يصبح ملكاً ، وان لم يحيي فهو احق به ولكن ليس يملك[1].

وكذلك ذهب الحنابلة إلى ان للامام اقطاع موات لمن يحيه ، ولا يمكله بالاقطاع ، بل هو احق به من غيره ، فإذا احياه ملكه[2].

وقال البهوتي : (ولا يملكه بالاقطاع ، لأنه لو ملكه ما جاز استرجاعه يصير المقطع كالمتحجر الشارع في الاحياء ، لأنه ترجح بالاقطاع على غيره)[3].

الاتجاه الثاني – الاقطاع سبباً لاكتساب الملكية :

ذهب إلى هذا الاتجاه المالكية ، اذ يرون ان الاقطاع سبب من أسباب الملكية وتثبت ملكية المقطع بمجرد الاقطاع ، جاء في الشرح الكبير : (اقطاع الإمام ليس من الاحياء ، وانما الاحياء بالمتحجر بعده ، نعم هو تمليك مجرد فله بيعه وهبته ووقفه ويورث عنه ان حازه ؛ لأنه يفتقر لحيازة قبل المانع كسائر العطايا) [4].

واعتبروا انه إذا اقطع الإمام رجلاً ارضاً كانت ملكاً له وان لم يعمرها ، ولا عمل فيها شيئاً يبيع ويهب ويتصرف ، ويورث عنه ، وليس هو من الاحياء بسبيل،وانما هو تمليك مجرد[5]، إلا ان الحطاب (ت445هـ) ذهب إلى اقطاع المعدن يكون انتفاعا لا تمليكا[6].

بعد عرض الاتجاهات الفقهية في الاثر المرتب على الاقطاع يرجح الباحث ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ان الاقطاع سببا لاكتساب حق الاختصاص بالمقطع لا الملك ولاسيما في الموارد الطبيعية ، فلم يعتبر الإسلام الاقطاع سبباً لتملك الفرد المقطع المصدر الطبيعي ، الذي اقطعه الإمام اياه ؛ لان هذا مما يحرفه عن وصفه اسلوباً من اساليب الاستثمار ، وتقسيم الطاقات العملية ، وانما جعل للفرد المقطع حقاً في استثمار المصدر الطبيعي وهذا الحق يعني : ان له العمل في ذلك المصدر ، ولا يجوز لغيره انتزاعه منه

---

[1] الماوردي ، الاحكام السلطانية : 191.

[2] ظ: ابن قدامى ، المغني : 6/155-156، و ظ : البهوني ، شرح منتهى الارادات ، 2/448.

[3] كشاف القناع عن متن امتانع ، دار الفكر ، ط2، بيروت ، 1997، 4/195.

[4] سيدي احمد الدردير أبو البركات ، الشرح الكبير: 4/68.

[5] ظ: الشيخ محمد عليش ن منح الجليل على مختصر خليل : 4/15 ، ظ : حاشية الدسوقي ، 4/68.

[6] محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، 2/336.

والعمل فيه بدلاً عنه[1]. وهو ما قال به الشيخ الطوسي [2]،وما صرح به العلامة قائلاً : ((ان الاقطاع يفيد الاختصاص)) [3].

فالاقطاع اذن ليس عملية تمليك ، وانما هو حق يمنحه الإمام للفرد في مصدر طبيعي خام ، فيجعله أولى من غيره باستثمار الجزء الذي حدد له من الأرض أو المعدن ، ومن الواضح ان منح هذا الحق ضروري ما دام الاقطاع اسلوباً من اساليب تقييم الطاقات والقوى العاملة ، لان الاقطاع لا يمكن ان يقوم بدوره هذا وفقاً لمخطط عام ، ما لم يتمتع كل فرد بحق استثمار ما اقطع من تلك المصادر ، يكون بموجبه أولى من غيره باحيائه والعمل فيه فمجرد هذا الحق إلى ضمان ضبط التقسيم ، وانجاح الاقطاع بوصفه اسلوباً لاستثمار المصادر الطبيعية[4].

ووقف ما تقدم يمكن اعتبار الاقطاع في الفقه الإسلامي من اهم الوسائل والاسباب الشرعية التي يتم من خلالها اكتساب حق الاختصاص ، مضافاً امكانية عده من اهم أسباب الاستثمار والتنمية في اقتصاديات الدولة وبناء البنى التحتية في البلاد الإسلامية ، فيمكن من خلاله تكييف بعض العقود المستحدثة ، وخاصة (عقد البناء والتشغيل والاعادة B.O.T)[*] .

من جهة كونه اعطاء حق من الحقوق المتلعقة بالدولة أو عامة الناس إلى جهة خاصة للانتفاع منها واستغلالها ، وان وجد فرق بينهما[5].

---

[1] السيد محمد باقر الصدر ، اقتصادنا : ص487.

[2] المبسوط : 273/3.

[3] قواعد الاحكام : 269/2.

[4] ظ: السيد محمد باقر الصدر ، اقتصادنا : ص488.

[*] عقود البوت (B.O.T) أو عقد البناء والتشغيل والاعادة : يقصد بها ، تسليم الدولة للقطاع الخاص قطعة من الأرض لاقامة مشروع من مرشوعات البنية الاساسية والمرافق العامة ، ويتحمل المستثمر كافة اعباء البناء والتشغيل ، ويكون للمستثمر الحق في الحصول على ايرادات تشغيل المشروع لمدة زمنية تختلف من مشروع لاخر . (ظ : د. عصام احمد البهجي ، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، دار الجامعة ط1، 2008 الاسكندرية ، ص12).

[5] عقد البناء لتشغيل والاعادة ، مجمع الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث : الاقطاع من المرافق العامة

لما تبّين ان الاقطاع سبباً شرعياً لاكتساب حق الاختصاص ، ينبغي معرفة مدى انطباق ذلك على المرافق العامة (المؤسسات العامة) ، أي ان المقطع له يكن أولى واحق بمقاعد الاسواق مثلاً أو افنية الشوارع استناداً إلى هذا الاقطاع.

وعلى هذا يمكن تعريف اقطاع المرافق العامة بانه : ما يمنحه الإمام من المرافق العامة لاي شخص من اجل الانتفاع به مدة من الزمن ، بشرط ان لا يضر باحد من الناس[1].

ولهذا النوع من الاقطاع اهمية كبيرة في الحياة الاقتصادية المعاصرة ، إذ ان كثيرا مما تجريه الدول هو شيء من هذا ، فالدولة تقوم بمنح جزء من المرافق العامة لينتفع بها احد الاشخاص ، أو جهة معينة كان تكون شركة استثمارية ، وفي كثير من الاحيان يكون مقابل اجر مادي يدفعه هذا الشخص أو تلك الشركة المقطع لها (المشغلة) للدولة ، أو من دون اجر مادي بل يكفي ان يبنى الشخص أو الشركة المشروع ومن ثم يعاد إلى الدولة بعد وقت معين.

والملاحظ ان هناك خلافاً واسعاً بين الفقهاء في هذا النوع من الاقطاع – الذي يمنح الشخص أو الجهة المقطع لها حق اختصاص – فمنهم من اجازه فيما منعه اخرون ، ولمعرفة تفصيل ذلك يمكن ان يكون وفق الآتي :

أولا : الأمامية :

ذهب الشيخ الطوسي إلى عدم جواز هذا النوع من الاقطاع من قبل السلطان إذا كان المقطع كل المورد العام حيث قال : (ويقوى في نفسي : انه ليس له ذلك ؛ لان الناس في ذلك شرع سواء ، ولا دليل على جوازه) [2].

وذهب العلامة الحلي إلى جواز الاقطاع إذا كان يقتصر على جزء من المورد العام ولم يضر بالاخرين. حيث قال : (اقطاع الارفاق ، وهو : ان يقطعه موضعاً يجلس فيه من

---

(1) ظ: العلامة الحلي تحرير الاحكام : 130/2 ، و ظ :الدر المختار: 289/5–290، ظ : القرافي،الفروق: 5/3.

(2) المبسوط : 276/3.

الطريق الواسعة ورحاب الجوامع ومقاعد الاسواق ... ويجوز ذلك إذا لم يضر بالمارة والمصلين ، لان ذلك لمرافق المسلمين ، والجالس يرتفق بذلك بيع وشراء وغير ذلك) [1].

ثانياً : الحنفية :

يرى أبو يوسف جواز اقطاع المرافق العامة إذا كان لا يحدث ضررا بالناس إذ قال : (ولا ينبغي لاحد من ان يحدث شيئاً في طريق المسلمين مما يضرهم ، ولا يجوز للامام ان يقطع شيئاً ، من طريق المسلمين مما فيه ضرر عليهم ، ولا يسعه ذلك) [2].

ثالثاً : المالكية :

يقول القرافي : (يجوز اقطاع الإمام لمن يرى بغير سبب يوجب استحقاقه وتمليكه ؛ لأنه اعانة على احوال تنفع في المستقبل من الزمن وليس تمليكاً حقيقياً ، ولذا كان للامام نزعة من في أي وقت شاء ، أو تبديله بغيره ، ومدى هذا ان هذا اقطاع امتاع وانتفاع ،ولذا جاز للامام انهاؤه في أي وقت شاء ولو كان تمليكاً لرقبة الأرض المقطعة ما جاز اخذها من اقطعت له)[3] .

رابعاً : الشافعية :

من فقهاء الشافعية من اعتبر ان لا يوجد أي فائدة من اقطاع المرافق العامة ، إذ انه متاع للجميع من اجل الانتفاع به فلا حاجة لاقطاعه لاحد من الناس [4]، وهذا إذا كان كل المرفق ، فقد رأي اخرون صحة الاقطاع إذا كان جزئي لا يؤثر ، فقد جاء عن أبن حجر الهيثمي (ت: 974هـ) : (الاصح عندنا جواز اقطاع الارتفاق بالشارع أي بما لا يضر منه بوجه ، ويصير كالمتحجر ، وكالشارع حريم مسجد لم يضر الارتفاق به أصله ن بخلاف رحبته ، لانها منه) [5].

---

[1] تذكرة الفقهاء : 411/2.

[2] الخراج ، ص93.

[3] الفروق : ...116/3.

[4] السيوطي ، الحاوي للفتاوي : 130/1.

[5] تحفة المحتاج : 117/6.

خامساً : الحنابلة :

يرى الحنابلة جوا اقطاع المرافق العامة ، جاء في ذلك : (القطائع ضربان : احدهما ارفاق وذلك اقطاع مقاعد السوق والطرق الواسعة ورحاب المساجد ... فللامام اقطاعها لمن يجلس فيها ، لان له في ذلك اجتهاداً ، من حيث انه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارة...) [1].

سادساً : الزيدية :

للامام اقطاع مقاعد الاسواق والطرق الواسعة بشرط ان لا يتضرر بذلك احد فيكون المقطع له أولى من غيره ، وللامام انهاؤه حتى لا يلتبس بالملك ولا يترتب على هذا الاقطاع إلا حق الاختصاص والانتفاع[2].

وفي ضوء ما تقدم يرجح الباحث الرأي القائل بجواز هذا النوع من الاقطاع إذا لم يضر بالناس وذلك لما ياتي :

1- ما هو معلوم في فقه الأمامية ان الأرض العامرة عند الفتح والتي اصبحت لعامة المسلمين يترك أمر استغلالها لمصالح المسلمين للامام يعطيها لمن يقوم باستغلالها واستثمارها بما يراه وللامام ان يحدد ذلك بعده تعطى الأرض لعامة بعدها لغير من اعطيت له كما تعود للامام بموت المقطع به[3].

2- ان معيار جواز هذا النوع من الاقطاع هو عدم الاضرار بالناس وعدم المزاحمة ، وفي ذلك قال الشيخ البحراني : ((ان الظاهر انه لا خلاف بين الأصحاب في ان الأرض المحبوسة على المنافع العامة كالشوارع والمشارع والطرق والمقابر والاسواق ونحوها لا يجوز التصرف فيها على وجه يمنع الانتفاع بها في ما هي معدة له)) [4]، ومن ذلك يمكن ان

---

[1] ابن قدامى ، المغني : 526/7.

[2] ظ: ابن المرتضى ، البحر الزخّار : 117/5.

[3] ظ: العلامة الحلي ، تحرير الاحكام : 130/2.

[4] الحدائق الناضرة : 228/7.

يستفاد بالمفهوم جواز هذا النوع من التصرف إذا كان غير مضراً بالناس ، ووفق هذا المعيار يمكن فهم عدم الجواز الذي تقدم فيرجع إلى نطاق الاقطاع ، فإذا كان كل المرفق العام لا يجوز ، وإذا كان جزء منه ولا يضر بالاخرين فيمكن ان يتحصل الجواز وفق الشروط التي ذكرت.

3- وكذلك من ذهب إلى المنع من الاقطاع في المرافق العامة فانه لا يكون دليلاً على عدم جواز منح حق اختصاص بالامتياز بهذه المرافق لاجل اصلاحها ، لغرض استفادة عموم الناس ، لان الذي وقع مورداً للخلاف في جواز الاقطاع أو عدمه في المرافق العامة انما هو فيما إذا لم يكن الإقدام بذلك لاجل المصالح العامة أولا وبالذات بل لمجرد مصلحة شخص القطع والمفروض هنا هو كون الإقدام لاجل مصلحة تعود لعامة المنتفعين فيها ، وبالتالي لا وجود للاضرار بهم، بل قد يتوقف الانتفاع منها طبقاً للظروف الزمنية على ايجاد تغيرات في تلك المنفعة العامة مما يجعلها قابلة للانتفاع مع عدم الضرر عليهم ، وان اكسب هذا حق اختصاص للمقطع له في الوقت الذي يستفيد منه عامة المنتفعين.

وعليه يتضح مما تقدم جواز الاقطاع من المرافق العامة شرط تحقق امرين :

الأول : وجود نفع يعود للمجتمع .

الثاني : ان لا يكون هناك ضرراً جراء هذا الاقطاع على افراد المجتمع.



الفصل الثانـي

موارد حق الاختـصاص

تـوطئة :

المعيار الفقهي للتمييز بين الأموال المرصدة للنـفع العام (المرافـق العامـة) وبـين المباحات الأصلية والاختصاص النـاتج عليها :

المبحث الأول : المؤسسات العامة المرصدة للنـفع العام

المبحث الثاني: المباحات الاصلية

المبحث الثالث : ورود حق الاختصاص على بعض الحقوق المستحدثة

توطئة :

المعيار الفقهي للتمييز بين الأموال المرصدة للنفع العام (المرافق العامة) وبين المباحات الأصلية والاختصاص الناتج عليها :

الأشياء أو الأموال التي تمنع أو تحول طبيعتها دون ان تتحول إلى الملكية الخاصة ، تعتبر من المؤسسات العامة كالطرق وغيرها[1] ، و ما تعلقت به مصلحة الناس ومنافعهم وحاجاتهم العامة كأفنية المدن والميادين العامة والاراضي المتروكة حول القرى[2]، والمعادن الظاهرة والباطنة تكون منافع عامة لكل أفراد الأمة على اختلاف في ذلك.

وما خصص لمنفعة من المنافع العامة بناء على مايراه الإمام والدولة يكون من المنافع المشتركة[3] تحقيقاً للنفع العام.

وعليه فان الأموال المباحة : هي الأموال التي اطلقها الشارع ولم يخصصها أو يرصدها للمنافع العامة ، وإنما اباح الانتفاع واباح تمليكها[4].

والأموال المرصدة للنفع العام هي : الأموال التي اباح الشارع الانتفاع بها واستعمالها دون إعطاء الحق بحيازتها أو وضع اليد عليها ، لتغلب طابع النفع العام عليها [5]، ومنع الافراد تملك هذه الأموال ، بسبب تعلق حق الجماعة بها لاهميتها،و ينتفع بها الناس باعتبارهم جزأ من الجماعة[6].

وثمة فارق رئيس بين المنافع المشتركة (المرافق العامة) وبين المباحات الاصلية وهو ان المباح الأصلي ناتج من عدم تدخل أي جهة في حصوله سواء كانت هذه الجهة على وجه العموم كالدولة ، أو جهة خاصة كفرد من الافراد فان المياه وجدت بشكل طبيعي دون تدخل أي شخص ، وهذا غير حاصل في المؤسسات العامة كالوقف الذي هو ناتج من

---

[1] ظ: أبو يوسف ، الخراج ، 97-98.

[2] ظ: ابن قدامة ، المغني : 426/5.

[3] أبو عبيد : الأموال : 381، و ظ : الشواني ، نيل الاوطار : 349/5.

[4] د. محمود المظفر ، الثروة المعدنية ، دار الحق ، ط2، بيروت ، 1419هـ - 1998، ص86-87.

[5] المصدر نفسه .

[6] د. منذر عبد الحسين الفضل ، الملكية ووظيفتها الاجتماعية في الشريعة الإسلامية ، مجلة الحقوق ، السنة السادسة ، العد الأول 1982، ص113 الكويت.

واقف ، فما اباح الشارع الانتفاع بمنافعها فقط مؤسسة عامة ، وما اباح الانتفاع بمنافعها واعيانها مباحات اصلية.

وهذا يعني ان المعيار الأساس في التفريق بين المباحات الأصلية وبين الأموال المرصدة للنفع العام هو : ان الأولى يمكن ان تملك ويمكن ان تكون محلاً للاختصاص إذا قصد المنتفع بها الانتفاع دون تملكها ، واما الثانية فلا يمكن ان تملك بل يرد عليها حق الاختصاص .

والاختصاص الذي يمكن ان يصاحب الانتفاع بالمرافق العامة يختلف عن الاختصاص الذي يصاحب الملكية.

فقد ذكر أكثر الفقهاء ان المرافق العامة لا يثبت بها اختصاص لاحد والناس كلهم فيها سواء[1]، والظاهر انهم يقصدون نفي اختصاص المالك والتسوية بين الناس في امكان الانتفاع بها اصلا ، فهم لم يقصدوا الاختصاص الطارئ الذي يعقب غالباً بدء الانتفاع والمستقل عن حق الملكية[2].

وقد تعرض الفقهاء إلى حق الاختصاص الذي يصحب الانتفاع بالمساجد والطرق والأوقاف العامة وغيرها مما سياتي بيانه في المباحث الآتية .

وتبين من ذلك ان هذا الاختصاص يختلف عن اختصاص المالك ، حيث يقتصر على ضرب من ضروب الانتفاع بالمرافق ، ويثبت نتيجة السبق إلى المرفق ، خلافاً لاختصاص المالك ، ثم انه اختصاص لا يتأبد ، وقد يقال ان اختصاص مالك المنفعة غالباً ما يكون مؤقتاً أيضا ، ولكن يبقى الفرق بينها من حيث ان العرف هو الأصل في تحديد مدة اختصاص المنتفع بالمرفق[3].

والنتيجة من ذلك تظهر : ان حق الانتفاع إذا صاحبه الاختصاص كان من الحقوق الخاصة ، وقد يتجرد عن الاختصاص فيعتبر من الحقوق العامة ، مثل الانتفاع بمرافق

---

[1] ظ: الكاساني ، بدائع الصنائع ، 192/6، الطوسي ، :276/3 .

[2]ظ: سعيد امجد الزهاوي ، التعسف في استعمال حق الملكية ، دار الاتحاد العربي للطباعة ،ط1، القاهرة ، 1976، ساعدت جامعة بغداد على نشره ، ص727.

[3] ظ المصدر نفسه ، ص727-728.

الأسواق والجلوس في المساجد ونحوها ، فانه يشترك في ذلك جميع الناس ، إلا ان من سبق إلى موضع منها كان أحق بها[1].

وعليه يعتبر الانتفاع بالمرافق العامة من الحقوق العامة اما إذا سبق إليها احد الأشخاص أو بوسيلة أخرى –كالتحجير والاحياء– فحصل الاختصاص ويصبح الجزء المنتفع به من الحقوق الخاصة المؤقتة .

---

[1] ظ: سعيد امجد الزهاوي ، التعسف في استعمال حق الملكية ،ص727.

المبحث الأول : المؤسسات العامة المرصدة للنفع العام

المطلب الأول : الطرق العامة ومقاعد الاسواق

الطرق العامة هي التي تخطط الدولة مسارها وتعبد ارضها وتجعلها نافعة نفعاً عاماً وتجعل الفائدة منها الاستطراق ، ويمكن ان يحصل الانتفاع بها نضير الاستطرق ويمكن بيان ذلك بالاتي :

أولا : حق الاختصاص في الطريق لغير الاستطراق:

الطريق العام ما يسلكه اناس غير محصورين أو ما جعل طريقاً عند احياء البلد أو قبله ، أو وقفه مالك الأرض ليكون طريقاً ، ولو بغير احياء ، أو هي التي تخطط الدولة مسارها وتعبد ارضها وتجعلها نافعة نفعاً عاماً .

والطريق النافذ ويعبر عنها بـ "الشارع" من المرافق العامة ،وللجميع الانتفاع بها بما لا يضر الاخرين باتفاق الفقهاء ، ومنفعتها الأصلية المرور فيها ، لأنها وضعت لذلك فيباح لهم الانتفاع بما وضع له ، وهو المرور ، والظاهر عدم الفرق في استحقاق الاستطراق بين المسلمين وغيرهم من أهل الذمة ، بل لهم الانتفاع به أيضا ، على نحو المسلم للسيرة المستمرة على ذلك[1].

قال المحقق الحلي : ((فائدة الطرق الاستطراق والناس فيها شرع، فلا يجوز الانتفاع فيها بغيره إلا ما لا يفوت به منفعة الاستطراق كالجلوس غير المضر بالمارة)) [2] لاجماع الناس عليه في جميع الامصار[3]، بل قد يقال : ان السيرة تقتضي جواز الارتفاق بالطرق بغير الاستطراق كوضع الأحمال ، ووقوف الدواب ، فضلاً عن وقوف نفسه لاغراض تعلق له بذلك[4].

ويتضح من ذلك ان الشخص الواقف في الطريق أو من اوقف سيارته له حق اختصاص بذلك ، فلا يمكن التعدي عليه ومزاحمته ، مع عدم تصرف الواقف في الطريق.

---

[1] ظ: الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، 87/38.

[2] شرائع الإسلام ، 795/4.

[3] ظ:العلامة الحلي،تحرير الاحكام :502/4، الشهيد الثاني ، المسالك، 428/12،الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، 76/38.

[4] جواهر الكلام :76/38.

حيث ذهب الفقهاء إلى حرمة التصرف في الطريق النافذ بما يضر المارة في مرورهم ، ولا يجوز عند جمهور الفقهاء بناء دكة في الطريق وان اتسع الطريق ، واذن الإمام ، وانتفى الضرر وبنيت للمصلحة العامة لمنعها الطروق في محلها ، ولانه بناء في غير ملكه بغير اذنه، وقد يؤذي المارة فيما بعد ويضيق عليهم، ويعثر به العاثر فلم يجز ، ولانه إذا طال الزمن اثبته موضعها الاملاك الخاصة وانقطع استحقاق الطروق[1].

وكذلك ذهب الأمامية إلى عدم جواز بناء دكة وان كان له حق اختصاص بالموقع : قال الشيخ الطوسي : (إذا سبق إلى موضع كان أحق به من غيره ، لان بذلك جرت عادة الامصار ، يفعلون ذلك ولا ينكره احد ، غير انه لا يجوز ان يبني دكة ولا ينصب مستنداً)[2].

وقال الشهيد الأول : (وله ان يضلل على نفسه بما لا يضر بالمارة ، وليس له تضييق المكان ولا بناء دكة ولا غيرها فيه) [3].

إلا ان الشهيد الثاني اجاز بناء دكة مع سعة الطريق وعدم الأضرار بالمارة حيث قال : (وله ان يضلل عليه موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة ، لا بناء دكة إلا مع سعة الطريق بحيث لا يتضرر به المارة ، فيتجه الجواز) [4].

وذهب الحنفية : إلى جواز بناء دكة وغرس الأشجار في الطريق ان لم يضر المارة ، ولم يمنع المرور فيها ، فان ضر المارة أو منع لم يجز احداثها ، ولكل من العامة من أهل الخصومة منعه من احداثها ابتداءً ، وله حق النقض ، اما إذا بناها لمصلحة المسلمين أو بأذن الإمام لم ينقض ، ان لم يضر المارة [5]، وإذا كان يضر العامة لا يجوز احداثه سواء إذن الإمام ام لم يأذن[6].

---

[1] ظ: السبكي المطالب : 219/2، المحلي على حاشية القليبوي :310/2، نهاية المحتاج : 397/5، المغني :552/4، البهوتي، كشاف القناع :406/3، حاشية الدسوقي :386/3.

[2] المبسوط : 276/3.

[3] الدروس : 88/2.

[4] المسالك : 415/17.

[5] ظ: الشوكاني ، فتح القدير : 240/9.

[6] ظ: ابن عابدين ، رد المختار :380/5.

مما تقدم : يرجح الباحث ان الأصل والسيرة القطعية يقتضيان جواز سائر وجوه الانتفاع بالمنافع المشتركة إذا لم تعارض أصل المنفعة المقصود منها الذي اعد لها ، من غير فرق بين ما يدوم اثر التصرف كالبناء ونحوه ، وبين مالا يدوم مع فرض عدم اخراجه بذلك عما اعد له، إذ ان المدار على تضرر ذوي المنفعة المقصود وعدمه[1].

ثانياً : حق اختصاص الجالس في الطريق إذا قام منه :

قال المحقق الحلي : (إذا قام بطل حقه ولو عاد بعد ان سبق إلى مقعدة لم يكن له الدفع ، اما قام قبل استيفاء غرضه لحاجة ينوي فيها العود، قيل : كان أحق بمكانه) [2]، وهذا يعني بناء حق اختصاصه بالمكان إلا ان المسألة تشعر بالضعف لعدم التصريح به من قبل المحقق[3].

ولو ترك شيئاً من متاعه ورحله وغيرها بقي حق اختصاصه ، لنحو ما ورد من ذلك في المسجد[4].

إلا ان الشهيد الثاني حدد بقاء حق اختصاصه به إلى الليل[5]، لقول الصادق (عليه السلام) : ((قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : سوق المسلمين كمسجدهم ، فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل)) [6].

ومن هنا أطلق غير واحد عدم بقاء حقه سواء استوفى غرضه أو لا ، وسواء كان له رحل أو لا ، وسوا كان مع نية العود أو لا ، وسوا كان الزمان طويلاً أو لا، وسواء إذن له الإمام أو لا[7].

ولذلك بنى الفقهاء انه لو اطار الريحُ الرحل أو نقله ظالم أو غيره فالمكان على الإباحة الأصلية ، للغير المكث فيه والصلاة ، ولذلك وجد الشخص أو رحله السابق على

---

[1] ظ: الشيخ محمد حسن النجفي : جواهر الكلام ، 82/38.
[2] شرائع الإسلام ، 192/4.
[3] ظ : الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام، 78/38.
[4] الطوسي : 284/3، وظ :الشهيد الأول ، الدروس الشرعية ، 69/3.
[5] الروضة البهية : 388/4.
[6] وسائل الشيعة ، 274/5 حدث (6542).
[7] الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، 78/38.

مجيئه أو المتأخر عنه لا يرفع الاشتراك الأصلي في ذاته ، وان حرم الدفع ، ونقل المتاع والبساط ونحوه[1].

وقال الشافعية : ان ترك الجالس موضع اختصاصه ، وانتقل إلى غيره أو ترك الحرفة التي كان يزاولها فيه بطل حقه فيه ، سواء اقطعه الإمام له ، أم سبق إليه بلا إقطاع من الإمام، وان فارقه ليعود إليه لم يبطل حقه[2]، لقوله (ص) : (إذا قام احدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به) [3] ، فان طال غيابة عنه بحيث ينقطع معاملوه عنه ويألفون غيره يبطل حقه فيه ، ولو كان فارقه لعذر أو ترك متاعه فيه أو كان بإقطاع الإمام له لم يبطل حقه فيه[4].

وقال الحنابلة : ان نقل متاعه عن موضع اختصاصه ، بطل حقه فيه ، وان ترك متاعه فيه ، أو جلس شخصاً فيه ليحفظ له المكان لم يجز لغيره إزالة متاعه[5].

وقال المالكية ان قام لقضاء الحاجة أو وضوء لم يبطل حقه ، إلا انهم حددوا طول المقام بيوم كامل[6].

وهذا يعني ان المالكية والحنابلة لا يجيزان اطالة الجلوس في الطريق للمعاملة ، فان اطال ازيل عنه ، لأنه يصير كالمتملك ويختص بنفع يساويه فيه غيره ، وان جلس لاستراحه أو حديث ونحو ذلك بطل حقه فيه بمقارته.

ثالثاً : منح حق (الاختصاص) الامتياز بأخذ الرسوم في الطرق العامة :

تسمى الدول سعياً حثيثاً نحو جذب الاستثمارات لتنفيذ مشروعات البنية التحتية،ولاشك ان أهم هذه المشروعات هي شبكات الطرق التي تعد العمود الفقري لأي مجتمع ، ولذا تهتم الدول بها اهتماماً بالغاً، ولذلك اجازت بعض الدول منح امتياز استغلال احد الطرق لاحدى

---

[1] **الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 81/38.**

[2] **ظ: الرملي ، نهاية المحتاج : 321/5.**

[3] **صحيح مسلم : 1715/4.**

[4] **ظ: نهاية المحتاج :341/5، ظ: اسنى المطالب :450/2، ظ: حاشية الجمل على شرح المنهج: 570/3.**

[5] **المغني 141/5 .**

[6] **الشيخ الدردير ،الشرح الكبير:62/4 .**

الجهات بتحصيل رسوم مرور من مستملي هذه الطرق لضمان استرداد كانه المصاريف والنفقات[1].

ومن المعوم ان منح حق الامتياز بالاختصاص في الطرق العامة لم يكن في العصور المتقدمة إلا ان الفقهاء قد بحثوا مسألة منح حق الاختصاص بموضع من الطريق من خلال الإقطاع ويبدوا ان في ذلك قولين :

القول الأول : عدم جواز منح حق الاختصاص في الطرق والشوارع ، لأنها مما يشترك فيه الناس ، وذهب إلى ذلك أكثر فقهاء الأمامية [2].

القول الثاني : جواز منح حق الاختصاص في الطرق إذا كان لم يضر بالمارة،وذهب إلى ذلك العلامة الحلي[3] والمحقق الكركي من الأمامية[4].

وذهب إلى ذلك جمهور فقهاء[5].

المطلب الثاني – المساجد :

أولاً : حق الاختصاص السابق إلى مكان في المسجد :

الانتفاع بالمساجد يمكن ان يكون للعبادة ، ويجوز الجلوس فيها لغيرها[6]، وايضا يجوز للتدريس ، والافتاء ونحو ذلك[7]، بل لو لم يكن للشيء من ذلك بل لنفس الجلوس فضلاً عن الاشتغال بامر أخر ، نعم ليس له ذلك مع مزاحمة المصلين[8].

وعليه فمن سبق إلى مكان ما من المسجد فقد ثبت له حق الاختصاص به ويكون أحق به ما دام جالساً به[1].

---

(1) د. مروان القطب ،خصخصة المرافق العامة ،ص 87 .

(2) الطوسي ، المبسوط : 90/3، ابن السراج، المهذب : 34/2، الغنية ،ص294، ابن إدريس ، السرائر: 383/2، المحقق الحلي ، شرائع الإسلام ، 277/3، الجامع للشرائع ، 375، الشهيد الأول ، الدروس : 70/3، الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 86/38.

(3) تذكرة الفقهاء : 411/2.

(4) جامع المقاصد : 37/7.

(5) الشافعي ، الأم : 44/4، نهاية المحتاج : 343/5، وابن قدامة :162/8، البهوتي ، كشاف القناع : 196/4، والنووي روضة الطالبين : 294/5.

(6) العلامة الحلي : تحرير الاحكام : 503/4، و ظ : الشهيد الثاني ، المسالك : 433/2.

(7) العلامة الحلي ، التذكرة : 415/2العاملي ، ومفتاح الكرامة : 7/36.

(8) الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 89/38.

وقد ادعى إمكانية تحصيل الإجماع والضرورة ، قال المحقق النجفي : (اما المساجد فلا اشكال ولا خلاف في ان من سبق إلى مكان فهو أحق به ما دام جالساً فيه ، بل يمكن تحصيل الإجماع والضرورة عليه) [2].

وقال الشافعية : إذا جلس الشيخ في المسجد اليُقرأ عليه القرآن أو يتعلم منه العلم أو يستغنى فانه يثبت حق الاختصاص به ، لان له غرضاً في ملازمة ذلك الموضع لالف الناس به ، لان الاختصاص فيه محمول على غرض ظاهر في المعاملة[3].

وقال الحنابلة : الجلوس في المساجد وغيرها لعباده أو مباح يكون الجالس أحق بمجلسه إلى ان يقوم عنه باختياره قاطعاً للجلوس[4].

وكذا عند الازيدية : فمن سبق إلى بقية فهو أحق بها حتى يتصرف[5].

وعليه فان السابق إلى مكان في المسجد يكون له حق اختصاص على ان يكون هذا السبق إلى موضع في المسجد ملائم لغرض المسجد، فتارة يكون من اولويات استقلال المسجد ، العبادة وأخرى للدرس والافتاء ، وعلى ذلك فان التزاحم الناتج هو اما ان يكن تزاحم زمني أو تزام وضيفي ، فكل وقت وظيفة مقدمة على غيرها من وجوه الاستقلال ،والمعيار في ذلك يرجع إلى العرف واعتياد الناس .

ثانياً : حكم حق اختصاص الجالس في المسجد إذا فارق مكانه :

مفارقه مكان في المسجد مرة تكون بنية العود وأخرى تكون من دون نية العودة وفي كل حالة حكم يمكن بيانه بالاتي:

1- مع عدم نية العودة قولان :

القول الأول :

---

(1) ظ: الطوسي،المبسوط: 276/3،المحقق الحلي،الشرائع :277/3، العلامة الحلي، قواعد الاحكام : 270/2، الشهيد الأول ، الدروس :69/3، الكركي ، جامع القاصد : 37/7، العاملي،مفتاح الكرامة :7/36.

(2) جواهر الكلام : 88/38.

(3) محمد بن عبد الله الزركشي، اعلام الساجد باحكام المساجد، ص392.

(4) ابن رجب ، القاعد : 191/1.

(5) ابن المرتضى ، شرح الازهار : 20/1.

اغلب فقهاء الأمامية إلى انه لو قام من مكانه مفارقاً له ورافعاً يده عنه بطل حق اختصاصه بالمكان حتى لو عاد وقد شغله غيره[1].

وقد يقال ببقاء حق الاختصاص مع بقاء الرحل في صورة الجهل بالحال ، في انه هل نوى العود أولا ؟ اعتماداً على شاهد الحال الذي هو بقاء الرحل ، اما مع العلم بالعدم فلا ريب في عدم بقائه ، بل لو علم تردده في المجيء وعدمه لم يكن له حق[2].

القول الثاني :

تقييد بقاء حق الاختصاص في المقام بعدم طول زمان المفارقة ، فلو طال زمان المقارنة بطل حقه[3]، خصوصاً مع حضور الجماعة[4].

ونوقش القول المتقدم : بان ذلك مجرد اعتبار لا يقتضي سقوط الحق الثابت بالدليل ، فحينئذ لا فرق بين طول زمان المفارقة وقصره ، نعم قد يقال : ان المراد بالأحقية تقدمه على غيره عند التعارض ، لا جواز الانتفاع بالمكان حال عدمه ، فحينئذ يجوز لغيره الوقوف فيه ، فإذا جاء الأول تنحى ولو في أثناء الصلاة[5] ذلك لعذر أو لضرورة أو غيرها ، فمرة يترك يترك رحلاً وأخرى لم يترك ، وعلى ذلك يترتب اختلاف في بقاء حق الاختصاص من عدمه ويمكن بيان ذلك بالاتي :

أ- لو لم يترك رحلاً ففيه وجهان:

الوجه الأول : إذا ترك المكان لضرورة ، ففيه قولان :

القول الأول : ذهب مشهور الفقهاء إلى سقوط حق الاختصاص بالموضع من المسجد والمشاهد المشرفة[6]، وادعى صاحب الجواهر نفي الخلاف في ذلك[1].

---

(1) ظ: الطوسي ، المبسوط : 276/3، المحقق الحلي ، الشرائع :277/3، العلامة الحلي ، تحرير الاحكام :503/4، الشهيد الأول ، الدروس: 69/3، الكركي ، جامع المقاصد : 37/7، الشهيد الثاني ، المسالك :433/12، الاردبيلي ، مجمع الفائدة : 511/7، العاملي ، مفتاح الكرامة ، 36/7، الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 90/38 .

(2) جواهر الكلام :90/38.

(3) الشهيد الأول : الذكرى :155/4.

(4) المسالك : 433/12.

(5) جواهر الكلام: 90/38.

(6) قواعد الاحكام : 270/2، الدروس : 69/3، جامع المقاصد :38/7، المسالك : 435/12، مجمع الفائدة : 513/7، جواهر الكلام :91/38.

القول الثاني:نقل المحقق الحلي إلى ان بعض الفقهاء ذهبوا إلى عدم سقوط حقه [2].

وقد استظهر العلامة الحلي بطلان حقه أيضا [3].

واستدل عليه بقول النبي (ص) : ((إذا قام احدكم من مجلسه فهو أحق به إذا عاد اليه))[4]، وبقول أمير المؤمنين (عليه السلام) : ((سوق المسلمين كمسجدهم ، فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل)) [5]، ونوقش بأنه اعم من المدعى إذ لم يذكر نية العودة[6].

وفُرِقَ بين ان يطرأ العذر في المفارقة قبل الشروع المشروع في الصلاة وبعده،فلو فارق الموضع في اثنائها اضطراراً بقى حق اختصاص الأول ، إلا ان يجد مكاناً مساوياً للاول أولى منه ، لأنها صلاة واحدة فلا يمنع من اتمامها ، وهذا بخلاف ما لو فارق قبل الشروع فيها فانه يسقط حقه[7].

ونوقش : بعدم الدليل على هذا الفرق ، فان ثبوت حقه بالعود تابع لاستقراره بعد فرض عدم الأصل اتمامها لا يتوقف على مكان الشروع ، وفرض كونه اقرب للعود لا يقتضي بقاء الأولوية المذكورة وان ادى إلى بطلان صلاته[8].

الوجه الثاني : إذا ترك المكان لغير ضرورة :

ذهب الفقهاء إلى سقوط حق الاختصاص بالموضع إذا كان لغير ضرورة [9]،وقد ادعي نفي الخلاف في ذلك[10].

---

[1] ظ: جواهر الكلام : 91/38 .

[2] شرائع الإسلام : 277/3.

[3] قواعد الاحكام : 241/2.

[4] مسند احمد : 283/2.

[5] الوسائل : 405/17، باب 17 من اباب التجارة حديث (1).

[6] المحقق النيسابوري كفاية الاحكام : 561/2، تحقيق مرتضى الواعضي ، مؤسسة النشر .

[7] الشهيد الأول : الدروس : 69/3.

[8] ظ: جواهر الكلام : 91/38-93.

[9] السوطي،المبسوط : 276/3، المحقق الحلي، الشرائع : 77/3، العلامة الحلي، تحرير الاحكام: 503/4،الشهيد الأول ، الدروس : 69/3. الكركي ، جامع المقاصد : 36/7، الشهيد الثاني،المسالك:434/12،الاردبيلي ، مجمع الفائدة : 512/7، العاملي ، مفتاح الكرامة : 37/7، الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام :91/38.

[10] ظ: جواهر الكلام : 91/38.

ب- لو ترك رحلة فيه قولان :

القول الأول : لو قام ورحله باقٍ فهو أحق به [1]، ومقتضى اطلاق عبارة الفقهاء انه لا فرق بين المتاع الكبير والصغير كالسبحة والتربة ، إذا أتى به بنفسه أو خادمه أو ولده[2].
ولده[2].

القول الثاني : ذهب المحقق النجفي إلى عدم بقاء حق الاختصاص إذا كان المتاع صغيراً حيث قال : (يتجه عدم ثبوت الأحقية ببقاء المتاع إذا كان صغيراً ، بحيث لا يلتزم المكث في المكان التصرف فيه ، نعم لو كان كبيراً مشغلاً للمكان مثلاً اتجه وجوب إلاجتناب، لحرمة التصرف بمال الغير ، لا لان وضعه يفيد أحقية في المكان ....، وعليه لا فرق حينئذ بين الصغير والكبير بعد صدق اسم الرحل لا غير كالتربة ونحوهما) [3].

وهذا مستند على مبناه في تغير الحق بالسبق في المكان ، بمعنى حرمة الظلم بدفعه عن مكانه وحرمه التصرف في رحلة الموضوع في مكان جائز ان يضعه فيه.

ثالثاً : حكم حجز موضع من المسجد وأثره على حق الاختصاص :

تعد مسألة حجز مكان في المساجد أو المشاهد المشرفة من المسائل التي كثر الكلام فيها، فقد يحجز مسافة واسعة من قبل المصلين أو غيرهم مما يسبب الضيق والارباك ، وللفقهاء اتجاهين في ذلك يمكن بيانها بالاتي :

الاتجاه الأول : عدم ثبوت حق الاختصاص بالحجز : وهو قول الأمامية والمالكية واغلب الحنفية .

فقد نص الشيخ الطوسي على ذلك بقوله : ((ولا ينبغي لأحد ان يقيم غيره عن مكانه الذي هو جالس فيه ليجلس فيه في الجامع ، وان تبرع إنسان بالقيام أو تاديب عنه لم يكره ، وان انفذ بثوبٍ ففرش له في مكانٍ لم يكن بذلك أحق من غيره وللغير رفعه والجلوس فيه)) [4].

---

[1] ظ: المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 277/3، العلامة الحلي ، تحرير الاحكام ، 503/4، العلامة الحلي،إرشاد الاذهان: 350/1، الشهيد الأول ، الدروس : 70/3، الشهيد الثاني ، المسالك : 431/12.

[2] ظ: الشهيد الأول ، الدروس : 69/3، العاملي ، مفتاح الكرامة : 38/7.

[3] جواهر الكلام : 94/38.

[4] المبسوط : 146/1.

وصرح العلامة الحلي انه : ((ليس له ان يقيم غيره ويجلس موضعه وان كان معتاداً للجلوس فيه ، أو كان الجالس عبده ، ولو أثر غيره جاز ، وفي التخصيص به نظر ، ولو فرش له مصلى لم يكن مخصصاً ، لان السبق بالابدان لا بما يجلس عليه)) [1].

وفي كلمات بعض الفقهاء اعتبار وصول الشخص بنفسه إلى المكان واستقراره فيه ، وعدم كفاية مجرد وضع رحله فيه ، للشك في ثبوت حق الاختصاص بذلك والأصل عدمه[2].

والكلام أوضح في عدم كفاية الرحل أو وضع شيء دون الجلوس في المكان في ثبوت حق الاختصاص ، بل لابد من الجلوس فيه حتى تتحقق الأحقية[3].

وذكر الطحاوي من الحنفية انه : (لو فرش له نحو سجادة ففيه وجهان فقيل يجوز لغيره تنحيتها في موضعها ، لان السبق بالاجسام لا بما يفرش) [4].

وذهب المالكية إلى هذا الاتجاه ، فلا يستحق السبق عندهم – بارسال سجادته،فمن بعث سجادة إلى المسجد في أول الوقت أو قبله ففرشت له هناك فيقع في محذورات جملة منها : غصبه لذلك الموضع الذي عملت فيه السجادة ، لأنه ليس له ان يحجره وليس لأحد فيه إلا موضع صلاته ، ومن سبق كان أولى ، ولا نعلم احد يقول ان السبق للسجادة وإنما هو لبني ادم[5].

---

[1] **تحرير الاحكام : 272/1.**

[2] **ظ: مفتاح الكرامة : 39/7، جواهر الكلام : 93/38.**

[3] **ظ: المحقق الكركي ، جامع المقاصد : 39/7.**

[4] **الطحاوي ، حاشية الطحاوي : 340/1.**

[5] **الحطاب الرعيني ، مواهب الجليل : 127/7.**

الاتجاه الثاني : ثبوت حق الاختصاص بالحجز :

به قال الشافعية[1] والحنابلة[2] ، وعلل بعض الحنفية ان تنحية سجادة الحاجز يفضِ إلى الخصومة والنزاع ، ولانه سبق إليه بالحجز فصار كحجز الموات[3].

وقال النووي من الشافعية : ((يجوز ان يبعث الرجل من ياخذ له موضعاً يجلس فيه فإذا جاء الباعث تنحى المبعوث ويجوز ان يفرش له ثوباً ونحوه ثم يجيء ويصلي فإذا فرشه لم يجز لغيره يصلي عليه)) [4].

وذكر البهوتي من الحنابلة انه يحرم رفع مصلى مفروش ما لم تحضر الصلاة فلو حضرت جاز رفعه[5].

ويبدو للباحث ان الراجح من الاتجاهين المتقدمين هـ الاتجاه الأول لان السبق يتحقق بالشخص نفسه لا بارسال ثوب أو سجادة والرواية صريحة في ذلك : (من سبق إلى من لم يسبق إليه احد فهو أحق به) [6]. إلا انه يمكن ان يثبت حق الاختصاص بالحجز لوقت يستسيغه العرف .

المطلب الثالث – الأوقاف العامة

أولا : تعريف الوقف :

عرف الوقف في الاصطلاح الفقهي بأنه : ((عقد ثمرته ، كحبيس الأصل ، واطلاق المنفعة)) [7]، أو هو إعطاء المنافع على سبيل التابيد[8].

وعرفه بعض فقهاء الشافعية بأنه : ((حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، بقطع التصرف في رقبته ، على مصرف مباح موجود)) [9].

---

[1] روضة الطالبين : 551/1.
[2] البهوتي شرح منتهى الإرادات : 32/2.
[3] الطحاوي ، حاشية الطحاوي : 340/1.
[4] النووي ، المجموع : 421/4، و ظ : روضة الطالبين : 511/1.
[5] ظ: البهوتي ، شرح منتهى الارادات : 32/2، و ظ : مطالب اولي النهى : 787/1.
[6] سنن أبي داود ، 142/3، حديث (3073).
[7] المحقق الحلي : شرائع الإسلام : 211/2.
[8] الخونساري ، منية الطالب : 210/2.
[9] الشربيني ، مغني المحتاج : 376/2.

وعرفه الحنابلة بأنه : ((تحبس مالك مطلق التصرف ، ما له المنتفع به ، مع قباء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته ، يصرف ريعه إلى جهة بر ، تقريباً إلى الله تعالى))[1].

كما عرفوه بـ : ((حبس العين على حكم ملك الواقف ، والتصدق بالمنفعة ولو في الجملة)) [2]، أي انه لو وقفه على الاغنياء وحدهم لم يجز ، لأنه ليس بقربه، اما لو جعل اخره للفقراء ، فانه يكون قربة في الجملة[3].

ثانياً : الالتزام بشرط الواقف وأثره على حق الاختصاص :

ذكر الفقهاء ان ثبوت حق الاختصاص ببيت أو ببقعة من الأوقاف مستند إلى شرط الواقف ، فلو كان البيت الواحد والغرفة معدة لجماعة لم يجز لأحد منع غيره من السكنى فيه إلا ان يبلغ العدد النصاب[4]، فلهم منع الزائد ، ولو كانت العادة أو الشرط يقتضي اختصاص الواحد فله منع الزائد مطلقاً[5].

ولو اشترط الواقف مع السكنى التشاغل بالعلم – مثلاً – فاهمل الاشتغال به الزم بالخروج ان لم يخرج بنفسه ، لان الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ، المقتضى لعدم جواز سكني المخالف للشرط ، وان استمر على الشرط لم يجز ازعاجه لكونه حينئذٍ له حق الاختصاص[6].

قال السيد الخوئي : ((إذا اشترط الواقف اتصاف ساكنها – أي المدرسة الموقوفه – بصفة خاصة ، كأن لا يكون معيلاً ، أو يكن مشغولاً بالتدريس أو بالتحصيل فإذا تزوج أو طرأ عليه العجز لزمه الخروج منه ... والضابط ان حق السكنى تابع لوقف الواقف بتمام شرائطه، فلا يجوز السكنى لفاقدها حدوثاً وبقاءً)) [7].

---

(1)ابن قدامة، المغني:148/6

[2] **ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار : 357/3.**

[3] **المصدر نفسه.**

[4] **ظ: تحرير الاحكام : 504/4، الروضة البهية : 179/7، مجمع الفائدة : 514/7، مفتاح الكرامة : 40/7، جواهر الكلام: 97/38، منهاج الصالحين ، السيد الخوئي : 165/2 .**

[5] **شرائع الإسلام : 277/3، القواعد : 271/2، التذكرة : 406/2، الدروس : 69/3.**

[6] **ظ: شرائع الإسلام : 277/3، التحرير : 503/4، جامع المقاصد : 40/7، المسالك : 236/12، مجمع الفائدة : 514/7، مفتاح الكرامة : 40/7، جواهر الكلام : 95/38.**

[7] **السيد الخوئي : منهاج الصالحين : 164/2.**

ولو خصَّ الواقف وقفا بطائفة مخصوصة كان لهم حق الاختصاص به عند الاكثرين[1].

وفي هذا يتضح ان لشرط الواقف تاثير كبير في حق الاختصاص ويمكن ان يؤثر سلبا أو ايجابا بوجوده أو عدمه

ثالثاً : حق اختصاص السابق إلى الوقف:

الأوقاف العامة – بالنسبة إلى مستحق الانتفاع بها وفقاً لشرط الواقف – بمنزلة المساجد، من سبق إلى الانتفاع ببقعة منها كالسكنى ، أو الاقامة فله حق الاختصاص بها[2] ، إلا انها تفترق عن المساجد انه لا يبطل الحق بالخروج لحاجة كشراء مأكول أو مشروب وثوب وقضاء حاجة قطعاً[3]. وهذا واضح فان الأوقاف العامة ذات دائرة اوسع من حيث الانتفاع المستمر وهو ما يتضح لاحقاً.

ربعاً : حكم مفارقة المستحق للانتفاع بالوقف وأثره على حق اختصاصه :

لو فارق المنتفع بالوقف كالساكن – مثلاً – أو غيره لعذر وغرض ناوياً العودة إليه فهل يبقى حق اختصاصه به أم لا ؟ للفقهاء في ذلك اتجاهات:

الاتجاه الأول : سقوط حق الاختصاص :

قال المحقق الحلي : ((ولو فارق لعذر قيل : هو أولى عند العود ، وفيه تردد ، ولعل الاقرب سقوط الأولوية)) [4].

وقال العلامة : ((لو فارق لعذر أو غيره بطل اختصاصه)) [5].

---

[1] **مغنى المحتاج : 355/2.**

[2] **ظ: المحقق الحلي ، الشرائع : 277/3، العلامة الحلي ، القواعد : 271/2، الشهيد الأول ، الدروس : 69/3، الكركي ، جامع المقاصد : 39/7 ، الشهيد الثاني ، الروضة البهية : 178/7، الاردبيلي ، مجمع الفائدة : 514/7، محمد جواد العاملي ، مفتاح الكرامة : 39/7، الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام 94/38، السيد الخوئي ، لصالحين : 165/2.**

[3] **العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء : 460/2، الاردبيلي ، مجمع الفادة : 514/7، العاملي ، مفتاح الكرامة : 39/7، الشربيني ، مغني المحتاج : 367/2، ابن قدامة ، المغني: 375/2، و ظ : البهوتي ، كشاف القناع ، 413/2.**

[4] **شرائع الإسلام : 277/3.**

[5] **القواعد : 271/2.**

وقد نسب إلى الاكثر ، وانهم اطلقوا القول ببطلان حقه بالمفارقة ، أي سواء طالت مدة المفارقة ام قصرت[1]، نظراً إلى ان مقتضى الأصل عدم بقاء هذا الحق في مثل هذا الفرض[2].

الاتجاه الثاني – التفصيل بين طول زمان المفارقة وبين قصره :

فصل العلامة الحلي القول في التذكرة في بقاء أو سقوط حق الاختصاص حيث قال : ((لو فارق لعذر اياما قليلة فهو أحق إذا عاد ، وان طالت غيبته بطل حقه)) [3]. أي ان المعيار هو طول المدة أو قصرها .

وقد مثل المحقق الاردبيلي لمدة المفارقة القصيرة : بان يروح من البلد لأخذ الزكاة من القرى ، ويروح من مشهد أمير المؤمنين (ع) إلى مشهد الحسين (ع) ، يبقى هناك اياما قلائل للزيارة ، وكذا من يروح إلى اهله ويقيم عندهم[4].

وقال المحقق الكركي : (الاقرب بقاء الحق ان لم تطل المادة ، بحيث يؤدي إلى التعطيل ... والظاهر ان مفارقته من غير ان يبقى رحله مسقط لاولويته ...ولو قصر الزمان ففي بقاء حقه قوة) [5].

وجعل الشهيد الثاني ان مدار طول زمان المفارقة أو قصرها – والتي يصدق على الساكن صدق الاقامة أو عدمها – إلى العرف حيث قال : ((والاقوى انه مع بقاء الرحل . قصر المدة لا يبطل حقه ، وبدون الرحل يبطل ، إلا ان يقصر الزمان بحيث لا يخرج عن الاقامة عرفاً)) [6].

وفصل السيد الخوئي القول في المفارقة لغرض قضاء الحوائج اليومية حيث قال : ((لا يبطل حق السكني بالخروج لحوائجه اليومية من المأكول والمشرب والملبس وماشاكل ذلك ، كما لا يبطل بالخروج منها للسفر يوماً أو يومين ، وأكثر ، وكذلك الاسفار المتعارفة التي تشغل مدة من الزمن كالشهر أو الشهرين أو ثلاثة أشهر أو أكثر مع نية العود وبقاء

---

[1] **الروضة البهية: 180/7.**
[2] **الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام : 98/38.**
[3] **التذكرة : 406/2.**
[4] **مجمع الفائدة : 515/7.**
[5] **جامع المقاصد : 41/7.**
[6] **الروضة البهية :180/7.**

رحله ومتاعه ، فلا بأس ما لم تنافِ شرط الواقف نعم لابد من صدق عنوان ساكن المدرسة عليه ، فان كانت المدة طويلة بحيث توجب عدم صدق العنوان عليه بطل حقه)) [1].

الاتجاه الثالث : الرجوع إلى رأي الناظر :

ذهب إلى هذا الاتجاه الشهيد الأول (ت: 786هـ) إذ قال : ((لو فارق ساكن المدرسة والرباط ففيه أوجه ، زوال حقه كالمسجد ، وبقاؤه مطلقاً ...، والاقرب تفويض ذلك إلى ما يراه الناظر)) [2].

واشكل الشهيد الثاني (ت: 965هـ) على القول بتفويض الأمر إلى الناظر حيث قال:((ويشكل بان الناظر ليس له إخراج المستحق اقتراحاً ، فرايه فرع الاستحقاق وعدمه)) [3]، نعم لو فوض إليه الأمر من دون تحديد للمتولي الشرعي فلا اشكال في الرجوع إليه[4]

---

[1] منهاج الصالحين : 164/2.

[2] الدروس: 70/3،وظ:المقدس الاردبيلي حيث لم يستبعد تفويض الأمر إلى الناظر:(ظ:مجمع الفائدة :516/7).

[3] المسالك : 437/12.

[4] الروضة البهية : 181/7، و ظ : جواهر الكلام : 98/38.

المبحث الثاني : المباحات الأصلية

المطلب الأول : الأراضي :

للاراضي في الفقه الإسلامي اقسام متعددة وكل قسم يختلف في بعض الاحكام عن الأخر وعليه يمكن ان يكون المطلب وفق الآتي :

أولا – الأراضي الموات :

انقسم الفقهاء في حيثية الحق في الأرض هل هو على نحو الملكية أو حق اختصاص وأولوية فكان لهم في ذلك اتجاهين :

الاتجاه الأول – ان احياء ارض يوجب حق اختصاص وأولوية :

ذهب إلى هذا الاتجاه جمع من فقهاء الأمامية وبعض الحنفية .

1- الأمامية : اخذ به الشيخ الطوسي حيث قال : ((فاما الموات فانها لا تغنم وهي للإمام خاصة ، فان احياها احد من المسلمين كان أولى بالتصرف فيها ، ويكون للإمام طسقها))[1]، فهو لا يملك رقبه الأرض بالاحياء وإنما يملك التصرف[2].

وذهب إلى هذا الاتجاه ابن إدريس[3]، وابن البراح[4] والسيد محمد بحر العلوم[5] واختاره جمع من المتأخرين[6].

قال الشهيد الصدر : ((هناك رأي فقهي أخر يبدو أكثر انسجاماً مع النصوص التشريعية، يقول : ان عملية الاحياء لا تغير من شكل ملكية الأرض بل تضل الأرض ملكاً للإمام أو لمنصب الامام ، ولا يسمح للفرد بتملك رقبتها وان احياها ، وإنما يكسب بالاحياء حقاً في الأرض دون مستوى الملكية ، ويخول له بموجب هذا الحق استثمار الأرض

---

(1) المبسوط : 29/2.

(2) ظ: المصدر نفسه: 273/2.

(3) ظ: السرائر : 198/2.

(4) ظ: المهذب البارع : 32/2-33.

(5) بلغة الفقيه : 174/1.

(6) الأصفهاني : حاشية المكاسب : 19/3-20، و ظ: السيد الحكيم منهاج الصالحين : 184/2 السيد الخوئي مصباح الفقاهه : 128/5-131 ، السيد محمد باقر الصدر ، اخبار الموات مجلة فقه أهل البيت (e) العدد 12 و 65، الفياض ، الأراضي : 97.

والاستفادة منها ، ومنع غيره ممن لم يشاركه جهده وعمله من مزاحمته وانتزاع الأرض منه ما دام قائماً بواجبها،وهذا القدر من الحق لا يعفيه من واجباته تجاه منصب الامامه بوصفه المالك الشرعي لرقبة الأرض) [1].

وهذا يعني :

1- ان السلطنة الناتجة عن حق الاختصاص قائمة طالما ان الاحياء موجود.

2- ان هذه السلطنة الناتجة من حق الاختصاص مثقلة بحق المجتمع المتمثل (بالخراج).

واستدل أصحاب هذا القول بعدة رويات يمكن ذكر بعضها :

أ - رواية أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : ((وجدنا في كتاب علي (عليه السلام) - في معنى قوله تعالى : ((إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ)) [2]، انا وأهل بيتي الذين اورثنا الأرض ، ونحن المتقون ، والأرض كلها لنا ، فمن احيى أرضا من المسلمين فليعمرها، وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما اكل منها ...)) [3].

ب- رواية عمر بن يزيد عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول : من احى أرضا من المؤمنين فهي له وعليه طسقها يؤديه إلى الإمام في حال الهدنة ، فإذا ظهر القائم (عليه السلام) فليوطن نفسه على ان تؤخذ منه)) [4].

فالارض في ضوء هذه النصوص لا تخرج رقبتها عن ملك الإمام ولا تصبح ملكاً خاصاً لمن احياها ، وإلا لما صحَّ التكليف بدفعِ أجرةٍ عن الأرض للإمام ، فتبقى رقبة الأرض ملكاً للإمام وإنما يتمتع الفرد بحق اختصاص في رقبة الأرض يمكنه من الانتفاع ومنع الاخرين عن انتزاعها[5].

ج- الحنفية : صرح أبي القاسم البلخي: ان الأرض المحياة لو تعطلت جاز للغير المبادرة إلى احياءها ، لان الأول ملك الاستغلال لا رقبتها[6].

---

[1] **اقتصادنا : 440.**

[2] **الأعراف : 128.**

[3] **وسائل الشيعة : 414/25 باب 3 من احياء الموات حديث 2.**

[4] **المصدر نفسه : 549/9، باب 4 من الأنفال حديث : 13.**

[5] **ظ: الأصفهاني : حاشية المكاسب : 3/19-20 ، و ظ: الفياض : الأرض 96-97.**

[6] **المرغياني ، الهداية : 137/8.**

كما انهم يرون انه يثبت في الأرض ملك الاستغلال لا ملك الرقبة قياساً على السبق للانتفاع بالمرافق العامة ، كالمجالس [1].

الاتجاه الثاني : ان الأرض ملكاً لمن احياها :

ذهب إلى هذا الاتجاه أكثر فقهاء الأمامية[2] والحنفية[3] ، والمالكية[4] ، الشافعية [5]، [5]، والحنابلة[6]، والظاهرية[7]، والزيدية[8]، والاباحية[9].وادعى على ذلك الإجماع ، قال قال الشيخ النائيني : ((والظاهر كون الحكم اجماعياً)) [10].

إلا ان المسألة وان كانت اتفاقية إلا ان اخبارها مختلفة [11].

قال السيد الخوئي : ((المشهور بل المجتمع عليه ان الأراضي الموات بالاصل تكون ملكاً لمن احياها ، ولكن الظاهر خلافه) [12].

واستدل على هذا الاتجاه بعدة ادلة منها :

1- الروايات التي دلت على ان من احيا أرضا فهي له ، ومنها :

أ- ما دل على ان من احيى أرضا فهي له كالصحيحة المروية عن أبي جعفر (عليه السلام) وأبي عبد الله (عليه السلام) ، قالا : ((قال رسول الله (ص) من احى أرضا مواتا فهي له)) [13].

ب- صحيحة محمد بن مسلم قال سمعت ابا جعفر (عليه السلام) يقول : ((ايما قوم احيوا شيئا من الأرض وعمروها فهم أحق بها وهي لهم)) [14].

---

[1] ظ: ابن عابدين ، رد المحتار :278/5، الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : 35/6، الحطاب :11/6-12، .

[2] ظ: المحقق الحلي : شرائع الإسلام : 71/3، العلامة الحلي ، قواعد الاحكام : 266/2، الشهيد الأول ، الدروس : 55/3، الشهيد الثاني ، المسالك :392/12، الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 81/37، السيد الحكيم ، منهاج الصالحين : 184/2، السيد الحكيم ، نهج الفقاهة : 536.

[3] ابن نجيم ، شرح كنز الدقائق : 239/8.

[4] الدردير ، الشرح الصغير : 272/2.

[5] نهاية المحتاج : 327/5.

[6] المغني : 147/6.

[7] المحلى : 233/8.

[8] شرح الأزهار : 319/3.

[9] جوهر النظام : ص503.

[10] منية الطالب : 467/2.

[11] الأصفهاني : حاشية المكاسب : 19/3.

[12] مصباح الفقاهة : 128/5.

[13] الوسائل :412/25 الباب الأول في احياء الموات حديث 1.

[14] المصدر نفسه : حديث 4.

ج- موثقة السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : ((قال رسول الله (ص) : من غرس شجراً ، أو حفر وادياً بدّياً لم يسبقه إليه احد ، واحيى أرضا ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله)) [1].

ووجه الاستدلال هو ظهور اللام في هذه الإخبار في الملك[2].

2- الروايات المتضمنة جواز الشراء من المحيي ، والتي منها رواية عن أبي بصير قال،: ((سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن شراء الارضين من أهل الذمة ، فقال : ((لا بأس بان يشتريها منهم ، إذا عملوها واحيوها فيه لهم ...)) [3]، فلو لم تكن ملكاً فلا وجه لجواز البيع[4].

3- سيرة المتشرعة :

انه على صعيد التطبيق ، وعمل المسلمين لم يكن يؤخذ ممن احيى أرضا ميتة خراج ولا طسق ، بل كان يتعامل معه تعامل المالك ، فيقال : ان عدم اخذ الخراج من الأراضي المحياة في العصر النبوي وما بعده ، وعدم اخذه (ص) بهذا المبدأ عمليا في الإسلام يعتبر في نفسه دليلاً على المعنى المشهور ، وهو حصول الملك بالاحياء [5]. بعد الاذن.

المناقشة :

أولا – نوقش الاستدلال بالروايات الدالة على ما يأتي :

1- معارضة هذه الروايات بروايات أخرى والتي منها روايتين الكابلي[6] ، وعمر بن يزيد[7]، الدالتين على الأحقية بيان ان غير الشيعة لابد وان يعطوا الخراج ولا يكون كسبهم في تلك الأراضي حراماً ، ولا معنى لحرمة الكسب ووجوب الخراج في الاملاك الشخصية ،

---

[1] **الوسائل : 412/25 الباب الأول من احياء الموات حديث 1.**
[2] **السيد الحكيم ، نهج الفقاهة : ص541.**
[3] **الوسائل : 416/25، الباب الرابع من احياء الموات حديث 1.**
[4] **السيد الخميني : البيع : 54/3.**
[5] **ظ: جواهر الكلام :99/38، الماوردي ، الحاوي الكبير : 1180/7.**
[6] **وسائل الشيعة : 329/17، باب 3 حديث2.**
[7] **المصدر نفسه.**

فترفع اليد عن ظهور اللام في الملكية وتحمل على ارادة مجرد حق الاختصاص والأولوية[1].

2- معارضة هذه الروايات بما ورد في اخبار كثيرة[2]، من انه ليس لمحيي الأرض تعطيلها وإلا فلغيره احياؤها ، واجراء انهارها فيكون أحق به من غيره ، فلو كان الاحياء موجباً للملكية لما سقط حقه بالتعطيل ازيد من ثلاث سنوات ، فان الناس مسلطون عل اموالهم يفعلون فيها ما يشاؤون[3].

ثانياً : نوقشت الرواية المتضمنة جواز الشراء من المحيي:

ان البيع لا يقتضي التمليك إلا في مورد قابل ، وإلا فهو جعل شيء بازاء شيء فيكون مقتضاه تارة الوقفية ، وأخرى الأحقية ، وثالثة زوال الملكية ، فتنقل الرقبة إلى المشتري بمعنى انه يقوم مقام البائع فيما له من الأحقية[4].

وهذا يدل على ان البيع وان حصل من المحيي إلا انه لا يعني انه باع ملكاً فقد يكون حقاً.

قال السيد الخوئي : عدم دلالة جواز بيع الأرض المحياة على كونها للمحيي لجواز بيع الثابت فيها أيضا ، فان البيع مبادلة بين الشيئين بحيث يقوم كل منهما مقام الأخر في جهة الاضافة ، ففي المقام يقوم العوض – وهو الثمن – مقام المعوض وهو الحق الثابت في تلك الأرض كحق الاختصاص بالتحجير وحق الاختصاص بالجلوس ، كما هو المرسوم اليوم في نقل الحق المتعلق بالدكاكين المسمى بالسرقفلية فجواز البيع من هذه الجهة[5].

يبدو مما تقدم ان الراجح في المسألة هو الاتجاه الأول القائل باكتساب المحي حق الاختصاص أو حقاً خاصاً وذلك للادلة التي استدلوا بها ، وانسجامها مع النصوص ، بالاضافة إلى ان هذا الحق يبقى مشجعاً ومحفزاً لعلمية الاستثمار والاستفادة منها ،

---

[1] ظ: السيد محمد باقر الصدر ، احياء الموات ، مجلة فقه أهل البيت (ع) ،51/12-66، والفياض الأراضي ، 95-97.

[2] ظ: الوسائل : 414/25-433 الباب 3 و 17 من احياء الموات .

[3] السيد الخوئي ، مصباح الفقاهة :130/5.

[4] ظ: الشيخ الأصفهاني ، حاشية المكاسب : 20/3.

[5] مصباح الفقاهه : 131/5.

بالاضافة إلى وجود قرائن كثيرة دالة على عدم تحقق الملكية بالاحياء ، واما ما ورد من التعبير عن بعض الروايات (فهي له) المفيد للملكية في الغالب ، يمكن القول : ان مثل هذا التعبير مستعمل في الملكية ، وحق الاختصاص معاً ، ومجرد الكثرة في الاستعمال في الأول لا يفيد التعين[1].

وعليه ان روايات حق الاختصاص لو لم تكن ارجح من روايات الملكية فلا اقل من المساواة ، فلا سبيل لرمي روايات حق الاختصاص بالضعف بل ان روايات الملكية هي الضعيفة لعدم توثيق بعض رواياتها[2].

ثانياً – الأراضي التي فتحت عنوة :

وهي الأراضي المأخوذة بالجهاد المسلح [3]، بعد محاصرتها عسكرياً وبعد مواجهة مسلحة من قبل أصحاب المنطقة وإخراج اهلها عنوة [4].

وللفقهاء اتجاهات مختلفة في مدى الحق في هذه الأراضي ويمكن ذكرها بالاتي :

الاتجاه الأول : حكمها حكم سائر الغنائم المنقولة :

وهذا يعني انها ملك للغانمين بعد إخراج الخمس ، وذهب إلى هذا الاتجاه الشافعية [5]، والظاهرية [6]، واحد الأقوال لدى المالكية[7].

الاتجاه الثاني : التخيير بين :

1- التخيير بين الوقف والتقسيم ، أي اما تقسمها على الغانمين بعد افراز الخمس منها لسائر المنقولان أو وقفها على المسلمين بلفظ يحصل به الوقف ، ويفرض عليها خراجاً سنوياً يدفعه للحاكم من بيده الأرض مسلماً كان أو ذمياً في قبال انتفاعه بالأرض ، وذهب إلى هذا القول الحنابلة[8].

---

[1] **السيد محسن الموسوي ، ملكية الأرض ، مجلة فقه (أهل البيت) ، العدد 26، ص48.**

[2] **ظ: المصدر نفسه.**

[3] **ظ: ابن إدريس ، السرائر : 477/1، والجواهر : 157/21.**

[4] **الشيخ محمد مهدي الاصفي ، ملكية الأرض ، ص33.**

[5] **ظ: الشافعية ، الأم : 103/4، و ظ :الرملي ، نهاية المحتاج : 73/8.**

[6] **ابن حزم ، المحلى : 341/7-342.**

[7] **الباجي ، المنتقى شرح الموطأ ، دار الكتاب العربي ، ط1، بيروت ، 219/3.**

[8] **ظ:علاء الدين المرداوي:الانصاف: 190/4-191،وظ:المقدسي ،العدة في شرح العمدة : 600-601، البهوتي،الروض المربع : 10/2.**

2- التخيير بين تقسيم ارض واقرارها بيد اصحابها مع الاحتفاظ على ملكية المسلمين ، ذهب إلى هذا القول الأحناف ، قال السرخسي : ((وما ظهروا عليه من ارض العدو فالامام فيها بالخيار ، ان شاء خمسها وقسمها بين الغانمين كها فعله رسول الله (ص) بخيبر وان شاء منَّ على اهلها ، فتركهم احراراً)) [1].

الاتجاه الثالث : الملكية العامة :

يرى أصحاب هذا الاتجاه ان الأرض العامرة التي فتحت عنوة هي ملك للمسلمين يشرف عليها الإمام ويصرف حاصلها على المسلمين وهي لا تخص جيلاً دون جيل وإنما هي للأجيال جميعاً[2] ، وذهب إلى هذا الاتجاه ، الإمامية[3] ، والراجح من أقوال المالكية [4]، والزيدية[5].

قال العلامة الحلي : ((ما تلك بالاستغنام من الكفار وتؤخذ قهراً بالسيف ، وهي الملك بالاستيلاء ، كما تملك المنقولات ، وتكون للمسلمين قاطبة ، لا يختص بها المقاتلة ، بل يشاركهم من المسلمين ولا يفضل الغانمون على غيرهم أيضا بل هي للمسلمين قاطبة ، ذهب إليه علماؤنا أيضا)) [6].

وهذا يعني ان تكن الأرض ملكاً لمجموع المسلمين ، لا لاحادهم ، فلما كانت تتعلق بالمجموع فلابد من ملاحظة المصلحة الاجتماعية في الانتفاع منها .

وهناك اختلاف في هذا الجواز فمنهم من يرى توقف التصرف على إذن الإمام أو الحاكم الشرعي مطلقاً فقد قال الشيخ الطوسي : ((وللإمام الناظر فيه تقبيلها لمن يراه بما يرى)) [7].

---

[1] **المبسوط : 37/10، و ظ : الدر المختار : 352/3، و ظ : البحر الزخار : 219/2.**

[2] **حسن الأمين ، دائرة المعارف الإسلامية الشيعة : 329/5.**

[3] **ظ : العلامة الحلي،التذكرة : 407/1، وظ :الطباطبائي ،رياض المسائل:29/7، جواهر الكلام :177/5.**

[4] **المدونة الكبرى ، 27/3، ابن رشد ، المقدمات الممهدات : 271/1.**

[5] **الصنعاني ، الروض النضير : 434/2-435.**

[6] **تذكرة الفقهاء : 427/1.**

[7] **الخلاف : 297/1.**

وقال العلامة الحلي : ((الأرض المأخوذة بالسيف عنوة يقبلها الإمام لمن يقوم بعمارتها ، بما يراه من النصف وغيره ، وعلى المتقبل إخراج مال البقالة وصف الرقبة وماء يفضل في يده إذا كان نصاباً العشر أو نصفه)) [1].

وهناك ما يرى إباحة التصرف على نوع الافادة منها كحق اختصاص مشاع مطلقاً[2]، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بروايات منها : صحيحة ابن سنان قلت لابي عبد الله (عليه السلام): ان لي ارض خراج وقد ضقت بها افادعها ؟ قال فسكت عني هنيئة ثم قال ان قائمنا لو قد قام كان نصيبك من الأرض أكثر منها[3].

ومنها روايات الاحياء التي تبيح للمسلمين احياء الأراضي المتروكة والموات ، وتثبت للقائم بالاحياء حقاً بالاختصاص أو بالملكية في الأرض[4].

ومما تقدم يرجح الباحث جواز التصرف بالأرض المفتوحة عنوة في حدود حق الاختصاص المفتقر إلى رأي الإمام أو الحاكم الشرعي. فقد رأى العلامة الحلي جواز بيع حق الاختصاص في هذا النوع من الأرض الحاصل للفرد[5]، وما يظهر من الشيخ الانصاري[6]، والسيد الخوئي[7].

ومما تقدم يتضح :

1- لما كانت الأرض العامرة (المنتجة) المفتوحة عنوة ملك عام للأجيال ، يتولاها الإمام أو الحاكم الشرعي بنظره وتدبيره ، فان النتيجة القاهرة ان المتصرف فيها يحتاج إذن الإمام.

---

(1) تذكرة الفقهاء : 427/1.

(2) ظ:الشهيد الاول،الدروس:202/3،السبزواري،كفاية الاحكام: 611/1 ،المحقق النراقي :227/2 ،وظ :جواهر الكلام : 177/5.

(3) الطوسي،تهذيب الاحكام:149/7حديث(660).

(4) الاصفي : ملكية الأرض : 103.

(5) التذكرة : 427/1-428 ومنتهى المطلب: 936/2.

(6) المكاسب : 162-163.

(7) مصباح الفقاهه : 148/5-149.

2- ان حق الاختصاص طريقة مقننة تتيح الانتفاع من (الملكية العامة) بالقدر الذي يحقق هذا الانتفاع إيجاد فرصة انتاجية جديدة.

المطلب الثاني : المعادن

اولا – تعريف المعادن :

المعادن اما ان تكون ظاهرة او باطنة ويمكن تعريف كل منهما اصطلاحيا وفق الاتي :

1. المعادن الظاهرة :

هي تلك التي يبدو جوهرها من غير جهد وعمل وانما الجهد والعمل هو في السعي وراء تحصيلها والعثور عليها في مكامنها الطبيعة[1] ، وما لا تخرج الا بعلاج[2] ، وهي التي يوصل الى ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها[3].

2. المعادن الباطنة :

هي ما يكون في بطون الارض والجبال ، ولا يظهر الا بالعمل فيها والمؤنة عليها[4] .

ثانيا . الانتفاع بالمعادن :

يمكن تقسيم الانتفاع بالمعادن على نحوين ، فمرة نلاحظ احكام الانتفاع بها على انها مطلقة تكون في ارض لا مالك لها (مباحة) ، ومرة اخرى تكون في ارض مملوكة بملكية خاصة ، ولكل من هذين النحوين تفصيل يمكن بيانه بالاتي :

القسم الأول . المعادن (المطلقة) المباحة :

المعادن وفق هذه النحو اما انا تكون ظاهرة او باطنة ولكل واحدة منها احكام خاصة .

1. المعادن الظاهرة : وهي التي لا تفتقر الى اظهار ، بمعنى عدم احتياج الوصول اليها الى مؤونة ، كالملح والنفط والقار والكبريت وغيرها ، مما هي ظاهرة بلا عمل وانما السعي والعمل لأخذه ، ولا تملك بالاحياء [5].

والمعيار في الانتفاع في هذا القسم من المعادن هو (مقدارحاجة المنتفع) وعليه فمع القول بعدم تملك هذه المعادن فان السابق للانتفاع بها له حق اختصاص بالسبق الا انه مؤقت . فقد انعقد اجماع الفقهاء . في المعادن المباحة . على اعطاء حق الاختصاص

---

[1] ظ: تذكرة الفقهاء : 403/2-404، وقواعد الاحكام : 222/1، و ظ: المسالك ، 2/الموات.

[2] الرملي ، نهاية المحتاج : 349/5.

[3] ابن قدامة : المغني : 520/5-521، الإقناع : 386/2، و ظ : ابن عابدين ، رد المحتار :433/6-334، و ظ الروضة الندية :138/2 .

[4] الطوسي المبسوط : 272/3-273، و ظ: العلامة الحلي ، التذكرة : 404/2 ، العلامة الحلي ، وتحرير الاحكام :132/2 والشهيد الثاني ، المسالك : 435/2 ، و ظ: نهاية المحتاج : 349/5.

[5] ظ: الشيخ الطوسي ، المبسوط : 274/3-275و ظ : المحقق الحلي : شرائع الإسلام : 796/4، والشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام : 101/38.

والأولوية بالانتفاع بالمعدن لمن سبق الى المعدن ، وان كانت حاجته دون حاجة الاخرين[1].

ومع اجماعهم على اعطاء حق الاختصاص والأولوية للسابق في الانتفاع من المعادن الظاهرة ، فقد اختلفوا في مقدار او مدة هذا الحق بحسب ما يراه كل اتجاه .

الاتجاه الأول : ارتباط حق الاختصاص بحسب الحاجة

ذهب الى هذا الاتجاه بعض فقهاء الامامية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] ، ولكن اذا اخذ اكثر من حاجته فقد قال الشيخ الطوسي : (فان قام يريد ان يأخذ فوق حاجته فللامام منعه منه، وقيل ليس له منعه ، وهو الاقوى) [5] وذهب الرملي من الشافعية ذلك ايضا[6] .

على ان بعض الفقهاء حاول وضع معيارا لحق الاختصاص بالسبق في مدة الحاجة

.

فقد ذهب اكثرهم الى ارجاعه الى العرف والعادة[7] ، في حين ذهب بعضهم الى بقاء بقاء حق الاختصاص بالسبق بناء على العمر الغالب[8].

ويرجح الباحث ان العرف ان العرف والعادة هو المعيار في بقاء او انتهاء حق اختصاص السابق الى المعدن الظاهر اذ ان القول بالعمر الغالب يؤدي الى الاجحاف لان المعدن باق على اباحته الاصلية .

الاتجاه الثاني : عدم حق اختصاص السابق بطول الزمن وقصره .

ذهب الى هذا الاتجاه بعض فقهاء الامامية ، قال العلامة : ((والسابق الى موقع منه – اي المعدن الظاهر . لا يزعج قبل قضاء وطره) [1] ، فلا فرق بين طول الزمان وقصره وبين ما

---

[1] ظ: المحقق الحلي : شرائع الإسلام : 796/4 ، العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء : 403/2، العاملي ، مفتاح الكرامة : 43/7، الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 103/38، الشيرازي ، المهذب : 432/1، ابن قدامى المقنع : 289/2، الكاساني ، بدائع الصنايع : 3853/8.

[2] ظ: الطوسي ، المبسوط : 275/3، ابن إدريس ، السرائر : 249، العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء : 403/2 ، العاملي ، مفتاح الكرامة : 43/7.

[3] الرملي ، نهاية المحتاج ، 350/5، النووي : روضة الطالبين : 301/5.

[4] ابن قدامة المغنى : 524/5، المرداوي : الانصاف : 380/6.

[5] المبسوط : 275/3.

[6] نهاية المحتاج : 350/5.

[7] السيد محمد جواد العاملي،مفتاح الكرامة:42/7–43،النووي،روضة الطالبين:301/5. الرملي ، نهاية المحتاج : 350/5.

[8] البجيرمي ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الغلاب : 181/3.

ما اذا اخذ قدر حاجته او زاد عليها[2] ، ولو قام لأخذ الزيادة عن حاجته لا يمنع وان له ذلك[3].

وكذلك عند الشافعية حيث قالوا : (انه لا يمنع وان طال مقامه لانه سبق اليه) [4].

وبه قال الحنابلة : (ومن سبق الى معدن مباح فهو احق به بما ينال منه والي منع ما دام أخذ ولو طال) [5].

وايضا نسب المرداوي الى ان هذا الحكم هو الصحيح عند الحنابلة ،' وجزم به عدد من الفقهاء[6].

2. المعادن الباطنة :

وهي التي لا تظهر الا بالعمل والمعالجة ، كالذهب والفضة والنحاس والرصاص وغيرها مما يكون في بطون الارض والجبال[7].

وقد قال اكثر الفقهاء ان المعادن الباطنة تملك بالاحياء[8] والذي يبدو ان هذا التملك بالاحياء هو ما كان لشيء منها لا باجمعهما وكذلك قال الشيخ الطوسي : ((فاذا احياه . أي المعدن . ملكه وصار احق به وبمرافقه التي لها منها على قدر الحاجة اليه)) [9] أي ان هذا النوع من الملكية مقيدة بالحاجة الفعلية للمحيي مع شرط بلوغ المحيي نليه من الاحياء والا فلا تتحقق الملكية ويكون له حق الاختصاص ، قال الشيخ الطوسي في ضابط احياء

---

[1] قواعد الاحكام : 271/2، وتحرير الاحكام : 492/4.

[2] المحقق الكركي،جامع المقاصد: 44/7، و ظ:الشهيدالثاني،الروضة البهية : 188/7، السبزواري ،كفايةالاحكام : 265/2

[3] الطوسي ، المبسوط : 275/3، العلامة الحلي ، تحرير الاحكام : 492/4، و ظ : التذكرة : 403/2،والشهيد الأول ، الدروس الشرعية : 67/3، الشهيد الثاني : المسالك : 439/12.

[4] الشيرازي ، المهذب : 432/1، القناع : 391/2، في حل اللفاظ أبي شجاع.

[5] الشربيني ، مغني المحتاج .

[6] الانصاف : 380/6.

[7] الطوسي : المبسوط : 277/3، والمحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 796/4 ، و ظ: الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 110/38، ظ: النووي ، روضة الطالبين :300/5.

[8] ظ:الطوسي،المبسوط:177/3،والمحقق الحلي،شرائع الإسلام:796/4،والشيخ محمد حسن النجفي : جواهر الكلام : 111/38.

[9] المبسوط : 277/3

المعادن الباطنة: ((إن إحياءه أن يبلغ نليه ، وما دون البلوغ فهو تحجير وليس باحياء ، فيصير اولى به مثل الموات)) [1] .

فلا خلاف في انه يجري في المعدن ما يجري في حق الاختصاص الحاصل بالتحجير فلو حجرها كان له حق اختصاص بها ولم يملكها ، ولو اهمل اجبر على اتمام العمل ، او دفع اختصاصه ويده عنها ، ولو ذكر عذراً انظره السلطان بقدر زواله[2].

القسم الثاني : المعادن التي تكون في ارض مملوكة :

يكاد ان ينعقد اتفاق الفقهاء على ملكية المعدن في الارض المملوكة التي احييت او الدار التي اشتراها احد الاشخاص وظهر فيها معدن فقد قال الشيخ الطوسي : ((اذا احيا مواتا من الارض فظهر فيها معدن ، ملكها بالاحياء المعدن الذي ظهر فيها بلا خلاف ، وكذلك اذا اشترى دارا فظهر فيها معدن كان للمشتري دون البائع)) [3] .

وكذلك اعتبر الاحناف ان ما تحتويه باطن الارض من معادن ملكا لصاحب الارض جهة او فردا ؛ لان المعادن من توابع الارض ، لانه من اجزائها خلفه فيها ومنها[4] .

وكذلك الحكم عن الشافعية[5] ، والحنابلة[6] ، والزيدية[7] ، والظاهرية[8] الا ان بعض بعض الفقهاء قد قيد هذا الحكم ان لا تكون المعادن في حالة السيولة كالنفط والقير ونحوه . فقد قال الشيخ الطوسي : ((واما المعادن التي تظهر في ملكه –اي ملك الشخص – فان كانت أعينا لمايع مثل النفط والقير وما اشبه ذلك فهو بمنزلة الماء ، وقد قيل انه مملوك ولا يجوز بيع ما ظهر منه الا ان يفرد ويميز)) [9].

وكذلك ذهب الماوردي من الشافعية الى هذا التقييد[10] ، وابو يعلي من الحنابلة[1].

---

[1] المصدر نفسه.

[2] ظ : المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 797/4، و ظ : الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام :112/38.

[3] المبسوط : 277/3.

[4] ظ: حاشية ابن عابدين : 319/2، والكاساني ، بدائع الصنائع ، 955/2-956.

[5] الماوردي ، الاحكام السلطانية : ص198.

[6] ابن قدامة ، المغني : 28/3، وابن النجار ، منتهى الإرادات : 542/1.

[7] السياغي ، الروض النضير : 310/3.

[8] ابن حزم : المحلى : 238/8.

[9] المبسوط : 106/2.

[10] الاحكام السلطانية ، ص198.

ويبدو للباحث انه لا بد من التأكيد على ان المعادن . خصوصا السائلة منها هي ملك ملك للامام (الدولة) وعليه فلا تكون تابعة للارض وهذا ما التفت اليه الفقهاء وفق التقييد المذكور ، بالاضافة الى قولهم : ان المالك الاصلي للمعادن الامام (عليه السلام) فلا يملك ما ظهر منها ولا ما بظن الا بتحليل منه (عليه السلام)[2].

ومما تقدم يثبت :

1ـ ان حق الاختصاص جزء من وسيلة ضبط توزيع الثروة العامة كالمعادن . على الناس وفق معيار الحاجة ، فحق الاختصاص بالقدر الذي يمنح الشخص اذنا قانونيا بالافادة من مورد للثروة يقيد الافادة بمقدار الحاجة ، لتتاح الفرصة للغير .

2. لان العمل المبذول في هذه الثروات لا يتعدى وضع اليد او الاستيلاء فالناس كلهم قادرون على ذلك ، لكن ما احتاج الى ما هو اكثر سلطنة من حق الاختصاص ، والى ملكية خاصة مثقلة بحقوقه مجتمعية .

المطلب الثالث : المياه

مصادر المياه يمكن ان تكون في ثلاثة اقسام : البحار والانهار الكبيرة والانهار الصغيرة، والعيون والآبار .

ولما كانت المياه من ابرز مصاديق المباحات الاصلية فلا بد حينئذ من معرفة مدى تعلق حق الاختصاص بها ، ويبدو ان في ذلك ثلاث مستويات لحق الاختصاص تختلف من حيث السعة والضيق لكل قسم من الاقسام ، ويمكن بيان ذلك بالاتي :

---

[1] الاحكام السلطانية : 266.

[2] ظ: الشيخ المفيد،المقنعة ، ص278،المراسم العلوية ، ص140، والشيخ الطوسي المبسوط ، 359/1، و الشيخ كاشف الغطاء ، كشف الغطاء :215/4، والشيخ محمد حسن النجفي ، 108/38-110.

اولا . المستوى الضيق لحق الاختصاص بالمياه :

ويكون هذا المستوى مرتبطاً في البحار والانهار العضيمة الكبرى ، والانهار الصغيرة الطبيعية

حيث تكون المياه عامة ولجميع الناس الانتفاع بها ، ولا يمنع احد منه ويمكن معرفة ذلك بالاتي:

اولأ . الانهار الطبيعية الكبرى :

قال الشيخ الطوسي : ((كل احد ان يتسعمل منه . أي النهر الكبير . ما اراد كيف شاء بلا خلاف)) [1].

وقال ابن قدامة : ((لكل احد لن يسقي منها ما يشاء متى شاء كيف شاء)) [2].

وذلك نابع من اعتقادهم ان مياه البحار والانهار العضيمة كثيرة لا تدعو الى التنازع او غيره وفي ذلك يقول الماوردي ((لا ضرورة تدعوا الى التنازع والمشاحنة فيجوز لمن شاء ان يأخذ منها لضيعته ما شاء)) [3].

ولكن يشرط في الانتفاع بمياه الانهار الكبرى ان لا يكون المنتفع مضرا بها،قال العلامة الحلي : ((النهر الذي لا تزاحم فيه لا قيد على الانتفاع به إلا قيد عدم الاضرار)) [4].

وإلى ذلك اشار كل من الزيلعي[5] والعيني[6] وابن عابدين[7] والكاساني[8] وابي يوسف[9].

ويبدو ان الحكم بعد تملك او اكتساب حق اختصاص بمياه الانهار الطبيعية ينفع المعالجة المعاصرة في منع دول المنابع او دول اعلى المجرى بسبب موقعها الجغرافي من

---

(1) المبسوط : 282/3.
(2) المغني : 176/6.
(3) الاحكام السلطانية ، ص279.
(4) تحرير الاحكام:496/4.
(5) تبيين الحقائق : 40/6.
(6) عمدة القارئ :7/6 وظ: البناية بشرح الهداية : 309/4.
(7) رد المختار : 284/5.
(8) بدائع الصنائع : 192/6.
(9) الخراج عن تاريخ شرح من الخراج: 652/1.

منحها اثار في ترتب حق اختصاص مانع في النهر الطبيعي ، فاللازم منه ان دول المجرى كلها يلزم ان تعامل النهر ومعطياته المائية بوصفها موارد مباحة ، ينتفع كل منها بحاجته القائمة ، وليس له حق اختصاص ما لأي سبب من الاسباب[1] .

ثانيا . الانهار الطبيعية الصغرى :

حكم هذا القسم من الانهار كحكم الانهار الكبرى مباح للجميع ، الا انه لما كانت هذه الانهار لا يمكن ان تستوعب الجميع من حيث الانتفاع ، لقلة ماءها او لصغرها فان التزاحم يمكن ان يتحقق ، وفي ذلك يذكر العلامة الحلي النوع الثاني من انواع النهر المباح بانه ما يتشاح فيه اهل الاراضي ، كان يكون ماؤه قليلا لم يف بحاجة الجميع اذا سقوا في وقت واحد، او يحصل بينهم في تقديم بعضهم وتأخير الاخرين نزاع وخصومه[2] وكذلك من طبيعية هذه الانهار الصغيرة ان يزدحم الناس فيها ويتشاحنون في مائها[3].

ولما كانت هذه الانهار صغيرة لا تكفي جميع المستحقين في الانتفاع منها في وقت واحد فقد اختلف الفقهاء في اولوية الانتفاع بها على اتجاهين :

الاتجاه الأول : ان الاعلى له ان ينتفع بمياه الانهار الصغار قبل الاسفل وقال به الامامية[4] والشافعية[5] والمالكية[6] و الحنابلة[7] والزيدية[8] والظاهرية[9] .

ومما استدلوا به على ما ذهبوا اليه بقوله ((ص)) : ((من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به)) [1].

---

[1] **د. عبد الأمير زاهد ، المياه واحكامها في الشريعة الإسلامية : ص88.**

[2] **ظ : قواعد الاحكام : 274/2.**

[3] **ظ: المرداوي : الانصاف :384/6، والسيد محمد جواد العاملي ، مفتاح الكرامة 52/7، و ظ : ابن قدامة ، المغني : 169/6 .**

[4] **ظ: المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 280/3، العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء : 406/2 ، السيد محمد جواد العاملي العاملي ، مفتاح الكرامة : 54/7، الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 116/38.**

[5] **النووي ، روضة الطالبين ، 305/5، الشيرازي / المهذب : 427/1.**

[6] **الخرشي ، شرح على مختصر خليل : 88/7،الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 204/2.**

[7] **ابن رجب ، القواعد : 35، ابن قدامى ، المغني : 169/6.**

[8] **ابن المرتضى ، البحر الزخار : 99/4.**

[9] **ابن حزم ، المحلى : 239/8.**

ووجه الدلالة . في المقام . اولولية الاستحقاق ، ومن مصاديق وضع اليد سواء أكان مؤقتا ام دائمياً ، كمد وجود الارض على اعلى المجرى او اعلى ضفافه،فالقرب المكاني معيار لأسبقية الانتفاع لهذا الاعتبار ، فاذا تقرر ان للسابق حاجته فليس لمن يليه شيء اذا نفذ الماء في ارض من هو اسبق منه ، ولكن كل من يقدمه الفقهاء فليس له إلا حاجته ، وغاية الامر اسبقية في الانتفاع الا اذا استوعب حاجته الماء[2].

الاتجاه الثاني : ذهب الحنفية الى توزيع المياه وفق الحصص مع الاقرار بحق السابق .

اورد السرخسي ان : ((المباح لمن سبق ولكن من سبق له حاجته فليس له يبطل حاجة من شاركه في السبق ، ولان حق اهل الاسفل ثابت ما لم يرووا فسكر النهر قد يحرمهم من حقهم اذا حسب الأول ثم الذي يليه حتى ينفذ الماء وربما لا يصل الى اهل الاسفل الذين ثبت لهم في الماء المباح حق اصالة لحديث الشركة ، بل ان لأهل الاسفل ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر ، وعلى اهل الاعلى طاعتهم في ذلك)) [3].

ويبدو من ذهب الى الاتجاه الأول قد اعطى سلطة أو حقاً للمحيي السابق ان يمنع اللاحق، وذلك لانه لما ملك الارض بالاحياء ملكها بمرافقها ، والنهر من مرافقها فلا يحق للاحق مضايقته ، واستندوا في ذلك : الى ان المحيي السابق لما اكتسب بالاحياء حقاً في الارض اكتسب مثله في ماء النهر فصار له اختصاص فيما تعلقه حقه فيها[4] .

ويمكن مناقشة ذلك : بان حقه في الارض ليس كعمق حقه في الماء المباح،فذاك على مستوى الملك وهذا على مستوى الحق ومقتضى حديث السبق ينطبق عليهما معاً[5].

ثانيا . المستوى المتوسط لحق الاختصاص بالمياه :

ويكون ذلك في الانهار غير الطبيعية (المحفورة) ، فقد بينها الشيخ الطوسي بقوله: ((ما كان من الماء في نهر معلوم حفره في موات ليحي على مائة ارضاً)) [1].

---

[1] سنن أبي داود : 5/2 ، و ظ :سنن البيهقي: 142/6،و ظ :الشيخ حسين النوري،مستدرك الوسائل :149/3.

[2] ظ: د. عبد الأمير زاهد ، المياه احكامها في الشريعة الإسلامية ، ص117و ص120.

[3] المبسوط : 175/23، ظ : الميرغاني ، الهداية: 103/4، و ظ : الفتاوى الهندية : 396/5.

[4] ظ: العلامة الحلي ، مختلف الشيعة : 165/2، و ظ : ابن قدامة المغني : 171/6، و ظ:الشربيني ، مغني المحتاج : 273/2، الشيرازي : المهذب : 427/1.

[5] السيد محمد جواد العاملي : مفتاح الكرامة : 57/7.

واشترط بعض فقهاء الامامية ضرورة ان يملك الحافر ما يصلح لسد المجرى وقطعه تماما من المباح وفتحه[2].

واعتبر الشافعية ان الانهار المحفورة منها ما كان في ارض مملوكة واخرى ما كان مباح[3] وكذاا عند الحنابلة فقدوا اعتبروا ان النهر المحفور ما كان يتصل بنهر كبير مباح في ارض موات[4] .

وكذا عند الزيدية[5] والمالكية[6] وعند الظاهرية حيث قالوا : ((من ملك ما في نهر حفره او بئر استنبطها فهو احق به)) [7].

واعتبر الحنفية : ان من حفر نهرا في ارض مملوكه او مباحة يكتسب فيه حق اختصاص ماء ، لانه اوجد بحفر وعمل[8] .

وقد اشترط كثير من الفقهاء قصد النية في عملية الحفر سوا كان الحفر في ملك او في مباح[9].

والمتحصل من اراء الفقهاء : ان ما اوجد بعمل بشري منظم وخلق فرصه بعد ان لم تكن ، فما كان منها في ارض مباحه فلا بد من نية التملك في عملية الحفر او نية الانتفاع الذي يحصل بها حق الاختصاص . وما كان منها في ارض مملوكة فلا بد من الحفر والاستنباط ، فلم يشترط بعضهم نية التملك ، لانه تصرف في الملك ، فيما اشترطه اخرون .

ولما كان قول بعض الفقهاء ان الاثر المترتب على عملية حفر النهر هل هي الملكية ، أم حق الاختصاص في المجرى التي يراها آخرون ، كان الخلاف اشد في الماء الجاري وقد اقتسموا الى اتجاهين :

---

[1] المبسوط : 284/3–285 ، و ظ : الشهيد الثاني : المسالك : 195/2.

[2] العلامة الحلي ، مختلف الشيعة : 6/2.

[3] الشيرازي : التهذيب ، 427/1، و ظ : الشربيني :مغتي المحتاج: 373/2،والرملي،نهاية المحتاج: 352/5.

[4] ابن قدامة : 170/6.

[5] الصنعاني : سبل الإسلام : 13/3.

[6] مواهب الجليل : 204/2.

[7] ابن حزم ، المحلى : 243/8.

[8] ظ: السرخسي ، المبسوط: 175/23، و ظ : الميرغيناني ، الهداية : 103/4، والفتاوي الهندسية : 396/5.

[9] ظ: الشهيد الثاني ، الروضة البهية ، 185/7، و ظ : الرملي ، نهاية المحتاج : 352/5.

الاتجاه الأول : المياه في النهر المحفور فيها حق اختصاص :

يرى اصحاب هذا الاتجاه ان الحقوق في هذا النوع من الانهار تتفاوت بين حق الحافر في المجرى وبين حقه في الماء من حيث هو مادة ، فحقه في المجرى يكون ملكا تاما ، لانه يعد مما احياه من الارض ، اما المياه وحقوق الشرب فلا ينتج عنه الاحق اختصاص وأولوية بمقدار حاجته ولا يزاجمه احد ، ولا يجوز له منع الانتفاع من الفاضل عن حاجته ، إلا إذا تضرر ضرراً يصادر عليه حق اختصاصه[1].

وذهب الى هذا الاتجاه الحنفية[2] ، واكثر فقهاء الشافعية[3] ، وبعض الزيدية[4]،والظاهرية[5] ، واكثر فقهاء الحنابلة[6] ، والشيخ الطوسي من الامامية[7] .

الاتجاه الثاني : ملكية المياه في النهر المحفور :

وذهب الى هذا الاتجاه جمهور فقهاء الامامية[8] ، والمالكية[9] وقول عند الزيدية[10] الزيدية[10] وقول الشافعية[11] وقول الحنابلة[12] .

ثالثاً – المستوى الواسع لحق الاختصاص بالمياه الجوفية :

يقصد بالمياه الجوفية : مصادر المياه الكائنة في جوف الأرض والتي يتم الوصول إليها باعمال الحفر والتنقيب والكشف من العيون والابار[13].

---

[1] ظ : د . عبد الأمير زاهد ، المياه واحكامها في الشريعة الإسلامية ، ص288.

[2] السرخسي ، المبسوط : 161/23، الكاساني : بدائع الصنائع : 192/6.

[3] الزمني ، هامش كتاب الأم للشافعي : 265/3، و ظ : تكملة المجموع : 493/14.

[4] ابن المرتضى ، البحر الزخار : 99/4.

[5] ابن حزم ، المحلى : 235/8.

[6] ابن قدامة ، المغني : 172/6، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : 495/2.

[7] المبسوط : 283/3، و ظ : الخلاف : 224/2–225.

[8] المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 281/3، العلامة الحلي ، المختلف : 17/2، و ظ : جواهر الكلام 29/38، و ظ : : مفتاح الكرامة : 51/7.

[9] شرح الخرشي : 85/7، وجواهر الاكليل : 202/2.

[10] السياغي ، الروض النضير : 310/3.

[11] النووي : روضة الطالبين : 307/5.

[12] ابن قدامة ، المغني : 309/4.

[13] الشيخ محمد مهدي الاصفي ، ملكية الأرض ، ص339.

ولما كانت الابار من ابرز مصاديق المياه الجوفية فانها اما ان تحفر في ارض مباحة أو تحفر في ارض مملوكة وكل حالة منها حكم في اكتساب حق الاختصاص أو عدمه وفق الآتي :

1- إذا حفر البئر في ملكه الخاص :

إذا حفُر البئر في ملك خاص تكون ملكاً للحافر ، لأنها جزء من ملكه[1].

اما إذا حفرها ولم يبلغ الماء فيكون له حق الاختصاص بها ، قال المحقق الحلي : ((ان من حفر بئراً في ملكه أو في مباح ليملكها فقد اختص بها كالمحجر)) [2]، والتحجير المذكور غير واضح في الملك[3].

واختلف الفقهاء في ملكية ماء البئر على قولين :

القول الأول : ثبوت حق الاختصاص في الماء ، وذهب إلى ذلك الشيخ الطوسي ومن وافقه من الإمامية[4] ، وقول عند الحنفية [5]، وهو مذهب الحنابلة[6]، والظاهر من مذهب الشافعية[7].

فقد قال الشيخ الطوسي : ((كل موضع قلنا : انه يملك البئر ، فانه أحق بمائها بقدر حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زرعه ، فإذا فضل بعد ذلك شيء وجب بذله بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه وشرب ماشيته)) [8].

وقال السيد محمد باقر الصدر : ((ولكنه – أي الحافر – لا يملك نفس العين الموجودة في اعماق الطبيعة قبل عمله ؛ ولذا كان يجب عليه إذا اشبع حاجته من الماء

---

[1] ظ: الطوسي ، المبسوط : 280/3، وابن إدريس ، السرائر : 384/2، والمحقق الحلي ، شرائع الإسلام :279/3، والعلامة الحلي ، تحرير الاحكام : 501/4.

[2] شرائع الإسلام : 280/3.

[3] الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 116/38.

[4] الطوسي ، المبسوط : 281/3، و ظ : السيد محمد باقر الصدر ،اختصاصنا ، 460.

[5] الفتاوى الهندية : 391/5، الزيلعي ، تبيين الحقائق : 40/6.

[6] ابن قدامة ، المغني : 176/6، البهوتي ، كشاف القناع : 225/3.

[7] الدسوقي ، حاشية الدسوقي : 72/4، و ظ : الرملي ، مغني المحتاج : 374/2.

[8] المبسوط : 281/3.

بذل الزائد للاخرين ، ولا يجوز ان يطالبهم بمالٍ عوضاً شربهم وسقي حيواناتهم ، ن المادة لا تزال من المشتركات العامة)) [1].

القول الثاني : ثبوت الملك .

وذهب إلى ذلك أكثر فقهاء الإمامية[2] ، ومذهب المالكية [3]، والاصح عند الشافعية[4].

فقد قال الشيخ محمد حسن النجفي : ((لا اشكال في ملك الماء المستنبط وحينئذٍ لم يجز لغيره التخطي إليه إلا باذنه كغيره من الأموال المحترمة ، ولو اخذ شيئاً من دون اذنه اعاده))[5].

2- إذا حفر البئر في المباح :

في هذه الحالة يكون حافر البئر اما قاصداً التملك أو الانتفاع أو غيره . وعلى الأول فان مشهور الفقهاء ذهبوا إلى تملك مياه البئر قال الشهيد الثاني : ((ما يستنبطه ويخرجه من الأرض من بئرٍ وعين بنية التملك ، ومذهب الأصحاب انه يملك بذلك))[6].

إلا ان الشيخ الطوسي ومن وافقه يرى عدم تملك مياه الابار كما تقدم.

اما إذا كان الحفر لأجل الانتفاع فيثبت له بذلك حق الاختصاص .

قال المحقق الحلي : ((لو حفر البئر في المباح لا للتملك بل للانتفاع ، فهو أحق بها مدة مقامه عليها)) [7].

وقال العلامة الحلي : ((لو حفر البئر ولم يقصد التملك ولا غيره ، فالاقوى اختصاصه به ؛ لان قصد بالحفر اخذ الماء فيكون أحق ، وهنا ليس له منع المحتاج عنه

---

(1) اقتصادنا : 460.

(2) ظ: المحقق الحلي : الشرائع : 280/3، ابن إدريس ، السرائر : 385/2، الشهيد الأول ، المسالك : 145/12، الشيخ محمد حسن النجفي ، الجواهر : 120/38.

(3) الخرشي ، حاشية الخرشي : 76/1.

(4) الدسوقي ، حاشية الدسوقي : 35/1.

(5) جواهر الكلام : 120/38.

(6) مسالك الافهام : 145/2.

(7) شرائع الإسلام : 3/ .

الفاضل عنه ، ولا في شرب المائية ولا الزرع ، ويكون التوصل إلى الماء مفيداً للاختصاص وان لم يقصده)) [1].

فيتضح من ذلك ان حافر البئر يقصد الانتفاع له حق الاختصاص ما دام قائماً عليها اما إذا فارق البئر فللفقهاء في ذلك اتجاهين :

الاتجاه الأول : سقوط الحق بالمفارقة وذهب إلى هذا أكثر الفقهاء [2]، وعلى هذا القول تلحق هذه الابار بعد رحيل المنتفعين بها بالمصادر العامة المباحة[3].

ويمكن ان يكون التكييف الفقهي لسقوط حق الاختصاص بالاسباب الآتية :

1- ان الأرض التي احتفر البئر فيها هي ارض موات منافعها للناس كافة،ومطلق المفارقة تكفي في تحقق الاعراض ؛ لان حقه مرتبط باقامته فإذا زالت زال الحق[4].

2- ان المنتفع عن استحداثه البئر لم يقصد التملك ، فلم ينعقد حكم التملك من حيث الأصل ، لان قصده الانتفاع بمائها مدة اقامته عليها فاستوفى حق اختصاصه وفقاً لمقاصده ، فحين يرتحل عنها تعود مورداً عاماً[5].

3- ان اعراضه عنها اعراضاً تاماً يزيل يده التي اثبتها عليها بعمله في استحداثه فزال بذلك حق الاختصاص المكتسب في مائها ، فعادت مما لا مالك لها فملكها الأمة[6].

الاتجاه الثاني : ذهب بعض الفقهاء كالبهوي[7]، والشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي [8]، (ت 1033هـ) إلى ان المنتفعين الذين رحلوا عن البئر لو عادوا كانوا أحق بها لانهم انما حفروها لانفسهم فلا يزول حق اختصاصهم بها.

---

[1] تذكرة الفقهاء : 409/2.

[2] ظ: الطوسي ، المبسوط : 281/3، المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 3/- ، الشيخ محمد حسن النجفي،جواهر الكلام :125/38، ابن قدامه ، المغني : 186/6، البجيرمي ، حاشية البجيرمي على المشهد :198/3 ، الازهري ، جواهر الاكليل : 204/2.

[3] الماوردي ، الاحكام السلطانية : 283.

[4] ظ : الشهيد الثاني ، الروضة البهية : 185/7.

[5] ظ: ابن قدامة ، المغني : 186/6.

[6] د. عبد الأمير زاهر ، المياه واحكامها في الشريعة الإسلامية ، ص246.

[7] شرح منتهى الإرادات : 462/2.

[8] غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ، ط1، د. مطبعة ، د.ت.

ويبدو ان سقوط حق الاختصاص يكون بالاعراض التام لا مجرد المقارنة فإذا لم يتحقق الاعراض التام يمكن بقاء حق الاختصاص[1].

المبحث الثالث : ورود حق الاختصاص على بعض الحقوق المستحدثة

المطلب الأول . حق الاختصاص المكتسب من خصخصة بعض المرافق العامة :

يمكن عرض هذا المطلب من خلال تعريف الخصخصة ومن ثم بيان اهدافها ، ومدى شمولها للمؤسسات العامة ، وكذلك تكييفها الفقهي وعليه سيتنظم المطلب وفق الاتي :

اولا . تعريف الخصخصة : عرفت الخصخصة بعدة تعريفات منها .

1. هي عبارة عن تحويل القطاع العام الى قطاع خاص ايجارا او بيعا او ادارة[2] .

---

[1] ظ: الشهيد الثاني ، الروضة البهية ، 185/7، والشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 124/38.

[2] الشيخ عمار ، الخصخصة وفق الرؤية الإسلامية ، ص2 شبكة المعلومات (الانترنت) .

2ـ وعرفها اخر بانها : توسيع الملكية الخاصة ومنح القطاع الخاص دورا متزايدا داخل الاقتصاد [1].

ومما يؤخذ على هذا التعريف هو حصر الخصخصة بالملكية في حين ان بعض او اكثر الموارد التي ترد عليها الخصخصة غير قابلة للملك .

3. وعرفت بانها : العملية التي تركز على تحويل ملكية المشروعات العامة من القطاع العام الى القطاع الخاص[2] .

4. هي : زيادة كفاءة ادارة وتشغيل المشروعات من خلال اعتماد آليات السوق [3].

5. هي : (تحويل المشروع العام كليا او جزئيا او تحويل ادارته كليا او جزئيا باحدى الطرق القانونية الى القطاع الخاص ، بما فيه نظام الامتياز ، او الانظمة الحديثة المشابهة لاقامة وادارة مشاريع اقتصادية لمدة معينة) [4].

ويتضح مما تقدم أن للخصخصة مفهومين[5] :

الأول : مفهوم ضيق يتعلق بنقل ملكية المشروعات العامة بصورة كلية او جزئية من القطاع العام الى القطاع الخاص .

الثاني : مفهوم شامل يتعلق بزيادة قابلية ودور القطاع الخاص ، والتحرر من القيود التي تتعلق بالكفاءة في القطاع العام وتحويلها الى حوافز للقطاع الخاص ، ولا يشترط ان يتضمن هذا المفهوم الواسع للخصخصة نقل ملكية المشروعات العامة .

ثانياً ـ أهداف الخصخصة :

لعل اهم الاهداف التي تقصد من عملية الخصخصة تتمثل في جانبين اساسيين مالي واقتصادي، الذي يتحقق من خلالهما .

---

[1] **د . محمد السباعي ، خصخصة السجون ، ص17.**

[2] **مروان محي الدين القطب ، خصخصة المرافق العامة ، ص260.**

[3] **محمد المتولي ، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية التطبيق ، ص32.**

[4] **مروان القطب ، خصخصة المرافق العامة ، 261.**

[5] **المصدر نفسه .**

1ـ تخفيف الاعباء المالية على ميزانية الدولة ، والتي ينتج من خلالها تقديم خدمة افضل وبتكلفة اقل بفضل آلية المنافسة .

2. التشجيع على العمل والانتاج ، اذ متى ما كان لدى الفرد فائدة ترجع اليه من خلال العمل الذي يقوم به سوف ينشط بشكل مختلف عن الاخر الذي لا يشعر بمثل هذا الاحساس لكون العمل مملوكا للدولة[1] ، وقد حث التشريع الاسلامي على العمل ، قال تعالى : ((وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ)) [2] وقال سبحانه ((هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا)) [3].

3ـ تحقيق كفاءة انتاجية تتمثل في تخفيض كلفة الانتاج في المشاريع العامة موضوع الخصخصة الى حدها الادنى ، وهذا ما ينجم نه انخفاض في اسعار الخدمات[4]،والحصول على السلع والخدمات بجودة اكبر وبسعر اقل[5] .

ثالثا . مدى شمول الخصخصة (المؤسسات العامة) :

قبل الحديث عن مدى شمول الخصخصة (للمؤسسات العامة) في الدولة الإسلامية لابد من التعرف على معنى (المؤسسات العامة) فقد عرفت بانها : ما يحقق المنفعة العامة عن طريق اشباع حاجة ، او تامين خدمة عامة مادية او معنوية ، بحماية السلطة العامة المباشرة ، او غير المباشرة[6] والمرافق العامة وفق ما تقدم تكون على قسمين ، من خلالها معرفة مدى شمول الخصخصة لها . هما :

القسم الأول : المباحات والمنافع العامة

القسم الثاني : المؤسسات الحكومية والحاجات الاجتماعية العامة :

ويمكن بيان ورود الخصخصة من عدمة وفق الاتي :

---

(1) الشيخ عمار ، الخصخصة وفق رؤية الإسلامية ، ص1.

(2) سورة التوبة : 105.

(3) سورة هود : 61.

(4) ظ:د. وليد حيدر جابر،التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة،منشورات الجلبي الحقوقية،ط1، 2009بيروت، ص429.

(5) الشيخ عمار ، الخصخصة وفق رواية اسلامية ، ص2.

(6) وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ، ص430.

المورد الاول . المباحات والمنافع العامة :

وتشمل الثروات الطبيعية الغنية بذاتها فلا يجوز خصخصة هذه الثروات،ويلحق بها ما كان في معناها مما يحتاجه الناس وليس لليد تسبب في وجوده ولا يحقق عدالة في التوزيع بين عناصر الانتاج الاخرى ، كالنفط والبحار والانهار[1].

ومثل هذا كل عين ظاهرة كنفط او قار او كبريت . فليس لاحد ان يحجرها دون غيره ، ولا لسلطان ان يمنحها لنفسه ولا لخاص من الناس[2].

وعليه فان هذه الثروات الطبيعية لا يمكن خصخصتها لحاجة الناس اليها وهي غنية بذاتها . فلا يجوز اقطاع او منح امتياز المعادن مثلا فالمشهور بين الفقهاء عدم جواز اقطاع المعادن الظاهرة لفرد من الافراد لان الناس كلهم فيها شرع سواء يأخذون منها قدر حاجتهم[3] وكذلك في مشارع المياه ، فقد قيل : انه لا يجوز للامام ان يقطع احدا مشاريع الماء فيجعله احق لها من غيره [4].

اما الثروات الطبيعية التي تحتاج الى جهد وموانه كالاراضي الموات والمعادن الباطنة فيمكن ان ترد عليها الخصخصة ويكسب من خلالها حق اختصاص ، فالارض الموات يمكن احياؤها ، والمعادن الباطنة لا يوصل اليها الا بالعمل والمؤنة فيمكن خصخصتها استثمارياً بالطرق المشروعة كالاقطاع والاحياء .

المورد الثاني :المؤسسات الحكومية والبنية التحتية الاقتصادية والاجتماعية

تدخل في المرافق العامة المؤسسات الحكومية والبنية التحتية مثل : الوزارات والمنشأت الادارية والعسكرية التي لا بد منها لحفظ النظام العام وتسيير الحياة . ويضاف الى ذلك المدارس والجامعات والمستشفيات.

---

[1] د. احمد العبادي ، الخصخصة في ميزان الشرع : www.hoffoaz.org.

[2] الطوسي ، المبسوط : 89/3، ابن إدريس ، السرائر : 383/2، وابن البراج المهذب : 32/2، والمسالك : 438/12

[3] ابن البراج ، المهذب ، 33/2، ابن إدريس السرائر : 383/2، الجامع للشرائع ، 375 العلامة الحلي ، قواعد الاحكام : 271/2، الشهيد الأول ، الدروس : 67/3، المحقق الكركي ، جامع المقاصد : 31/7، الشهيد الثاني ، المسالك : 438/12.

[4] الطوسي ، المبسوط : 89/3، ابن إدريس ، السرائر : 383/2، وابن البراج المهذب : 32/2، والمسالك : 438/12. 438/12.

ومن الواضح ان التكييف الفقهي الاسلامي الذي يمكن ان ينسجم مع الخصخصة وفق الطريقة الإسلامية من خلال الاقطاع الذي يكسب المقطع له –كان تكن شركة او جهة معينة – حق اختصاص وعليه فان كل المرافق العامة في الدولة الإسلامية لاتقبل الخصخصة او بالاحرى لا يمكن ورود الخصخصة عليها من قبيل الاوقاف العامة وغيرها.

الا ان بعضها يمكن ان يكون موردا لأكتساب حق الاختصاص بالخصخصة كما هو في الارض والمعادن الباطنة ... الخ وعليه فالنظرة الفقهية تقضي ان الاسلام لا يرضى بالخصخصة بمعنى التمليك سواء كانت بأحالة هذه القطاعات العامة لرووس الاموال الداخلية الإسلامية او الخارجية الاجنبية مع التنبيه اجمالا الى مخاطر التحويل الخارجي هذه القطاعات وما يؤدي الى سيطرة رووس الاموال الاجنبية[1] على القرار الاقتصادي .

رابعاً . التكييف الفقهي للخصخصة :

لعل من ابرز مصاديق عقود الخصخصة في الوقت الحاضر مجموعة من العقود تكاد تشترك بعنصر البناء ويمكن ذكرها بالاتي[2] :

1. عقد البناء والتشغيل والاعادة (B .O .T)
2. عقد البناء والتملك والتشغيل ثم الاعادة (B.O.O.T)
3. عقد البناء والتلك والتشغيل (B.O.O) وغيرها من العقود .

ويعرف العقد الأول (B .O. T) بانه : (منح الطرف الأول الحكومة او احدى مؤسساتها) للطرف الثاني (شركة المشروع) امتياز انشاء مشروع معين . على ارض . في مدة محددة على ان يقوم الطرف الثاني بالبناء والتشغيل والادارة في تلك المدة بحيث يسترد تكاليف البناء ويحقق ارباحا ثم ينتقل المشروع بعد نهاية مدة الامتياز الى الطرف الأول بدون مقابل) [3].

ويبدو انه عقد اقطاع مؤقت مقابل عمل يقوم به المقطع ل والافادة منه ليست دائمية أي ان له حق اختصاص مؤقت .

---

[1] الشيخ عمار ، الخصخصة وفق رؤية اسلامية ، ص2.

[2] ظ: الشيخ مرتضى الترابي ، عقد والتشغيل والإعادة ، مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة 19 .

[3] ظ: الشيخ مرتضى الترابي ، عقد والتشغيل والإعادة ، مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة 19 .

ومن الوضح ان هذا النوع من العقود لا يكون مملكا وانما تمنح الشركة او الجهة المشغلة حقا ، فيمكن من هذه الجهة ان يكون قريبا من الطريقة الاقتصادية الإسلامية (الاقطاع) حيث غالبا ما يكون هذا النوع من العقود على ارض غير مهيأ للانتاج .

ويتضح طرف المعادلة الاخر في اكتساب حقوق المنتج من خلال التفريق بين الاستثمار على ارض عامره ، وارض موات ، فعلى الاولى يتم الاستثمار مثقلاً بدفع الريع لمصلحة المجتمع (بيت المال . الفيء . الخراج) ، بينما لا يكون ذلك ضرورة في الاستثمار على النمط الثاني (الارض الموات) ، بسبب ان الاولى فرصة عمل مهياة ، والثانية فرصة عمل غير مكتشفة او غير مهيأه والعمل لأكتشافها او تهيئتها اكسب المحي حق اختصاص اعفاه من الريع ، لانه يحقق للمجتمع منافع اخرى ،ولربط هيكل الانتاج بالوسائل الاقتصادية لادارته[1].

اما العقدين الاخرين فلا يمكن مناقشتها ، وذلك لانها عقدين مملكين وان كانت نهاية الثاني هي الاعادة ، وبناء على ذلك سيقتصر التكييف الفقهي للعقد الأول لانه يمنح الشركة المشغلة حق اختصاص لا ملك ، واغلب الاحيان يكون على ارض في الدولة وبيان ذلك بالاتي.

1ـ **الاقطاع** : وهو تخصيص الدولة قطعة من الارض ونحوها من الموارد الطبيعية لشخص او جهة قادرة على العمل فيها عاى نحو الامتاع او التمليك او غيره وهو على اقسام :

أ ـ اقطاع الاستقلال .

ب ـ اقطاع الارفاق .

ج ـ اقطاع التمليك .

ومن الواضح ان اقطاع التمليك لاصله له بعقد البناء بالتشغيل والاعادة لعدم تحقق التمليك في العقد المذكور ، اما الاقسام الاخرى من الاقطاع فتشبه عقد البناء والتشغيل والاعادة من جهة كونها اعطاء حق اختصاص من الحقوق المتعلقة بالحكومة او عامة الناس الى جهة خاصة للانتفاع منها[2].

---

[1] **د. عبد الأمير زاهد ، دراسات في الفكر الاقتصادي الإسلامي ، ص100.**

[2] **الشيخ مرتضى الترابي ، عقد التبدل والتشغيل والإعادة ، ص22.**

ومن ابرز نقاط الالتقاء بين العقد المذكور والاقطاع هي :

أ . يشترط كون المقطع له قادرا على الاحياء والاستثمار ، وكذلك في عقد البناء والتشغيل والاعادة فانه لو تاخرت الشركة في استغلال الارض المنموحة لها لغرض استثمارها سحبت اجازة الاستثمار.

ب . عقد التشغيل والبناء والاعادة عقد لمنح حق اختصاص بالانتفاع من الارض او الامتياز مقابل تقديم خدمات معينة الى الناس ، ثم تحويل المنشأة بعد الانتهاء الى الحكومة .

ج . المحور الاساس في عقد البناء والتشغيل والاعادة هو سد حاجة معينة من الحاجات العامة ، وهذا ايضا حاصل في الاقطاع ، الا انه بنسبة اقل ، لان التركيز فيه في المرحلة الاولى على ما فيه مصلحة للمقطع له ، الا ان الاقطاع الشرعي يبقى وسيلة مهمة من وسائل الاستثمار وهكذا احد العقد المذكور .

اما نقاط التي يفترق فيها الاقطاع عن عقد البناء والتشغيل والاعادة فهي :

أ . ان الاقطاع غالبا لا يكون بعوض بل يشبه الهبة .

ب . ان المقطع غير مطالب بتقديم عوض مقابل الانتفاع بها اقطع له.

2. القبالة :

القبالة بالفتح ، الكفالة ، وهي مصدر قبل اذا كفل وقال : قبلت العامل العمل تقبلا وهذا نادر ، والاسم القبالة ، وتقبله العامل تقبلاً[1] .

وقبالة الارض في الاصطلاح الفقهي : ان يتقبلها الانسان فيقبلها الامام ، أي يعطيها اياه مزارعة او مساقاة ،وذلك في الارض الموات وارض الصلح[2] . او ان يدفع السلطان او نائبه صقعا أو بلدة او قرية الى رجل مدة سنة مقاطعة بمال معلوم يؤديه اليه عن خراج

---

[1]ابن منظور، لسان العرب :534/11 ،مادة قبل.

[2] ياسين عيسى العاملي ، الاصطلاحات الفقهية ، 165، دار البلاغة .

ارضها ، وجزية رؤوس اصلها ان كانوا اصل ذمة ، ويكتب بذلك كتاباً[1] ،وكل ارض ترك اهلها عمارتها كان للامام تقبلها ممن يقوم بها ، وعليه طسقها لاربابها[2].

والصلة بين الاقطاع والقبالة ان الاقطاع اعم من القبالة ، لان الاقطاع قد يكون ببدل او من غير بدل ، اما القبالة فلا تكون الا ببدل[3].

وعليه فان القبالة تعبير عن انماط مختلفة ، منها :

1. تقبل الارض الخراجية من السلطان .
2. تقبل احد الشريكين حصة شريكة بعوض معلوم .
3. تقبل الارض من شخص للتعمير .

والجامع المشترك بين هذه الانماط الثلاثة هو كونها معاوضة على حق الاختصاص بالانتفاع من الارض بعوض معلوم ، أي تقبل الارض من شخص أو جهة ليستثمرها ويعمرها، قال العلامة الحلي : ((يجوز أن يتقبل الارض ليعمرها ويؤدي ما خرج عليها مدة معينة)) [4].

والظاهر ان الصيغة تكون بلفظ القبالة وان لها حكماً خاصا زائدا على البيع والصلح ، لكون الثمن والمثمن واحد وعدم ثبوت الربا لوزاد او نقص ورقوعة بلفظ التقبيل [5].

ويبدوان تحديد المدة في القبالة شرط اساس في صحتها لكي تعود الارض لصاحبها ، قال السيد الخوئي : ((لا اشكال في صحة قبالة الارض بان يتقبل الرجل من شخص ارضا ليعمرها ، نحو عمارة من غرس الاشجار او تنظيف الانهار والابار وما شاكل ذلك الى مدة معينة على ان يكون حاصل الارض للعامل ، وبعد انقضاء المدة يكون لصاحب الارض)) [6].

---

[1] **الرتاج شرح كتاب الخراج لابي يوسف : 3/2، و ظ : ابن الأثير ، النهاية في تعريف الحديث : 10/4.**

[2] **الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 176/21.**

[3] **الموسوعة الفقهية الكويتية : 243/32.**

[4] **تذكرة الفقهاء : 34/2.**

[5] **الشهيد الثاني ، المسالك : 370/3.**

[6] **المستند : في شرح العروة الوثقى : 492/4.**

ويبدو ان المدار في هذا العقد في المعاوضة عن حق الانتفاع بالارض او بمورد اخر يراد الانتفاع به اعتياضاً يكسب المتقبل اختصاص بالانتفاع لمدة معينة . وعلية يمكن تكييف عقد البناء والاعادة وفق الاقطاع او القبالة .

المطلب الثاني : الحقوق المعنوية

اولا . التعريف بهذه الحقوق :

هناك خلاف بين الباحثين حول تسمية حق المؤلف ، وحق الطبع ، وحق الابتكار ، او الحقوق الأدبية وغيرها من الحقوق المستحدثة فبعضهم يسميها بحقوق الابتكار اعتقادا منه ان تسميها بالحقوق الادبية ضيق لا يتلاءم مع كثير من افراد هذا النوع ، كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية والادوات الصناعية المبتكرة ، وعناوين المحال التجارية [1].

ويمكن تعريف حق الابتكار بانه : اختصاص شرعي حاجز يمنع صاحبه سلطة مباشرة على نتاجه المبتكر ، ويمكنه من الاحتفاظ بنسبة هذا النتاج لنفسه ، ولاستئثار بالمنفعة المالية الناتجة عن استقلاله)) [2].

يقول فتحي الدريني : ((يقصد بالانتاج الذهني المبتكر الصورة الفكرية التي تفتقت عنها الملكية الراسخة في نفس العالم او الاديب ونحوه ، مما يكون قد ابدعه هو ، ولم يسبقه احد))[3].

وحق المؤلف صورة في الحقوق المعنوية او حقوق الابتكار يعطي المؤلف الحق في الاحتفاظ بثمرة جهده الفكري ، ونسبة هذا الجهد اليه ، واحتجاز المنفعة المالية التي يمكن الحصول عليها[4].

فالمؤلف يحصل على حقين : حق ادبي ، وهو يرتبط ارتباطا ابديا بشخصيه المؤلف ، فلا ينسب ذلك الجهد الى غيره ، مهما طال الامد على الابتكار ، وحق مالي مقابل نشر الكتاب للمؤلف ، ولورثته من بعده لمدة معينة[5].

---

[1] مصطفى الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد : 11/3.
[2] مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام :20/1-21.
[3] د. فتحي الدريني ، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، ص9.
[4] جنان النعيمي ، مالية المنافع والحقوق ، ص 331 ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد.
[5] أبي اليزيد علي المبين ، الحقوق على المصنفات ، ص19.

أذن فان اقرار الشارع لمالية الابتكار الذهني يجريان المعاوضة فيه عرفا ماليا ، وهو اقرار لعلاقة صاحبه به ، وهذه العلاقة اختصاصية ، ولا يعنى بالحق الا هذا ، وهي علاقة حقيقية قائمة فعلا ، بدليل صدور الانتاج منه ، ونسبته اليه ، ومسؤليته عنه ، وهذه النسبة لا يمكن تجاهلها او انكارها بحال[1].

وما دامت هذه العلاقة اختصاصية ومباشرة ومحلها مالا شرعا فانها اذن تكون حقا ماليا مقصورا على صاحبه وحده ، لا يجوز لاحد العدوان عليه ، او التصرف فيه الا باذن صاحبه ، او ترخيص منه ؛ لانه لا معنى لاقرار الشارع للحق الا بحمايته له كسائر الحقوق ، ومن هنا ينشأ مؤيد هذه الحماية في الدعوى والمطالبة والتفويض عند الاقتضاء[2].

ثانياً . حق اختصاص المؤلف في نتاجه الفكري والاثر المترتب عليه :

لعل اهم ما يحتج به لثبوت حق الطبع والنشر للمؤلف في نتاجه الفكري هو ثبوت حق الاختصاص له او جهة يخولها ، كان تكن مؤسسة نشر او غيرها ، وعليه يمكن بيان ذلك بالمحورين الاتيين .

الأول . ثبوت حق الاختصاص للمؤلف :-

مما يستدل به على جواز المنع من النشر والتكثير للمؤلف الالتزام بحق الاختصاص ، والمراد بذلك هو أن هذا الكتاب من مختصاته ويحق له تكثيره او المنع من تكثيره[3].

ومن الادلة التي استدلوا بها على ثبوت حق الاختصاص للمؤلف في مؤلفه الاتي :

1. قوله تعالى : ((مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ)) [4] ، بتقريب ان المؤلف مسؤول عن كل ما يتلفظ به ويكتبه ويحاسب عليه ، لهذا فليس من حق انسان اخر ان يأتي وينسب الكلام والاقوال الى نفسه ؛ لانه حق خاص بكاتبه ، فكل ما يأخذ من غيره يدخل ضمن مفهوم الغصب لحقوق الغير[5].

---

[1] **المصدر السابق نفسه ، ص330.**

[2] **ظ : د. فتحي الدريني ، حق الابتكار ، ص130-131.**

[3] **عبد الحليم عوض الحلي ، حقوق الطبع ، مجلة فقه أهل البيت : 114/47.**

[4] **سورة ق : 18.**

[5] **ظ : القرطبي ، الجامع لاحكام القرآن : 254/14.**

وقد حرّمت الشريعة الإسلامية انتحال الرجل قولا لغيره او اسناده الى غير من صدر منه وقضت بضرورة نسبة القول الى قائله والفكرة الى صاحبها ؛ لينال هو دون غيره احد ما قد تنطوي عليه من خير او يتحمل وزر ما قد تجره من شر[1].

2. استدل على ثبوت حق الاختصاص للمؤلف بقوله (ص) : ((من سبق الى ما لم يسبقه مسلم فهو له))[2].

ووجه الاستدلال : ان هذه الحقوق . أي حقوق التأليف . مندرجة في هذا الحديث الشريف ، فمن سبق غيره الى ابتكار شيء جديد سواء كان ماديا او معنويا فهو احق من غيره في انتاجه ، او بالانتفاع به لنفسه او بيعه[3].

والمعلوم ان العبرة في النصوص بعموم اللفظ ولا بخصوص السبب[4] ، فحق الابتكار ، وحق التأليف ، وغيرها من الحقوق التي سبق اليها اصحابها ، فهم احق من غيرهم ، بفضل الاسبقية الى ذلك الشيء[5].

فنستفيد من الرواية بألاولوية ان الحق لما كان ثابتا لاجل السبق كان ثبوته بالاولى في عمل المؤلف الذي بذل جهدا في ذلك ، فانه يكون له حق الاختصاص[6].

واشكل عليه : ان حق الاختصاص ثابت ما دام الكتاب في حوزته ولاي علم بقاء ذلك الحق بعد خروجه من يده الى السوق[7].

ويرد عليه ان حق الاختصاص بعد ثبوته للمؤلف بسبب الجهد الفكري الذي بذله في انتاج النسخة الاولى من الكتاب واختصاصه بها نشك في زوال حق الاختصاص عنه بعد طبع النسخة الاولى ووقوعها بيد المشتري ، والاستصحاب يقول ببقاء الحق لصاحبه ، ولايجوز لاحد الطبع والتكثير لغير صاحب الكتاب فان أركان الاستصحاب هنا تامة وهي

---

(1) البوطي ، الحقوق المعنوية : ص4.

(2) أبو داود : 177/3 رقم الحديث (3071).

(3) جنان النعيمي ، مالية المنافع والحقوق ، ص339.

(4) ظ: الرازي ، المحصول : 125/3، و ظ : الشاطبي الموافقات : 448/6

(5) الشيخ محمد تقي العثماني ، بيع الحقوق المجردة ، ص43-44

(6) عبد الحليم عوض الحلي ، حقوق الطبع ، مجلة فقه (أهل البيت) العدد (7) ، ص116.

(7) المصدر نفسه ، ص115

اليقين السابق بثبوت الحق للمؤالف والشك في بقاء ذلك الحق بعد عملية الطبع والنشر والاستصحاب يقول ببقاء ذلك الحق[1].

3. ان ملكية الانسان لأعماله وذممه وجوارحه وأعضائه ونتائج اعماله ليست اعتبارية بل هي ملكية تكوينية بمعنى السلطنة التكوينية عليها ، ولم ير العقلاء حاجة الى جعل السلطة الاعتبارية في هذه الموارد لكفاية التكوينية فيها عن الاعتبارية في نظرهم ، وهذه الملكية التكوينية موضوع لحق الاختصاص والأولوية للانسان على تلك الاعمال والنتائج [2].

واستدل على ما تقدم بالرويات التي تفيد عدم جواز حل التصرف في مال الغير والتي منها الروايتين الاتيتن :

الرواية الاولى : ما ورد عن سماعة وعن زيد الشحام عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رسول الله (ص) : ((من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنة عليها ، فانه لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه)) [3].

الرواية الثانية : ماورد في توقيع على يد ابي جعفر محمد بن عثمان العمري من قول الامام صاحب الزمان (عليه السلام) : ((لا يحل لأحد ان يتصرف في مال غيره بغير اذنه)) [4].

فاذا ثبتت هذه الأولوية للانسان بالقياس لنتائج اعماله قلنا : ان الكتاب ممثلاً بوجوده التجريدي المعنوي يكون من نتائج صاحب الكتاب ، فهو مملوك له ملكية تكوينية التي هي موضوع لحق الاختصاص لا ملكية اعتبارية ، والتصرف فيه بمثل الطبع بغير اذنه تصرف في مال الناس ومنهي عنه بحكم تلك الروايات[5] .

وقد ناقش السيد كاظم الحائري الاستدلال المتقدم بقوله : (بعد تسليم شمول روايات النهي عن مال الغير وادلة المعاملات لما هو مملوك بالملكية التكوينية لا الاعتبارية : ان المملوك بالملكية التكوينية التي هي بمعنى السلطنة التكوينية انما هو نفس الاعمال لا

---

[1] **المصدر نفسه.**

[2] **السيد كاظم الحائري ، حق الابتكار ، مجلة الفكر الإسلامي العدد (12) ، ص77**

[3] **وسائل الشيعة : 3/19 باب من قصاص النفس حديث3.**

[4] **وسائل الشيعة : 377/6، الباب 3 من الأنفال حديث 6.**

[5] **السيد كاظم الحائري ، حق الابتكار مجلة الفكر الإسلامي : 77/12.**

نتائجها التي تنفصل عن الانسان وتخرج عن اختبار الانسان تكوينيا ، وليس حال الكتاب مثلا بمعناه التجريدي بعد ان اوجده المؤلف وجسده في الكتاب الذي يصل الى يد كل احد بالقياس والا كحال الدار المبنية بالقياس الى من بناها ، ولا سلطة تكوينية لصاحب الدار على الدار ، ولا للمؤلف على الكتاب) [1].

ويبدو للباحث ان سلطة المؤلف على الكتاب تختلف عما هو في المثال المذكور فان باني الدار لا يملك وليس له حق في موادها التي تتكون منها بخلاف النتاج الفكري في الكتاب فانه حق لصاحب الكتاب وبالتالي له سلطة تكوينية بمتقضى الادلة المتقدمة وغيرها .

4ـــ ان المنـــافع تعتبــر امـــوالا عنـــد جمهـــور الفقهـــاء مـــن الامامية[2]،والمالكية[3]،والشافعية[4]، والحنابلة[5] ، وهي من الامور المعنوية وان عمل الحق المعنوي داخل في ما يسمى المال في الشريعة ، لان له قيمة بين الناس ويباح الانتفاع به شرعا بحسب طبيعته ، فاذا قام الاختصاص به تكون حقيقة الانتفاع قد وجدت ، ولا ريب ان الانتاج الذهني يمثل منفعة من منافع الانسان فيعد مالا تجوز المعاوضة عنه شرعاً[6].

5. الاستدلال بالعقل : ان أولوية الانسان بعمله وبنتائج عمله امر عقلي،وليس مجرد ارتكاز عقلي، أي ان استغلال الاخرين لنتيجة عملنا التأليفي او الفني او نحو ذلك استغلال غير ناشئ من حكم المولى ، فهو لا يجوز ؛ لحكم العقل بأولوية الانسان على عمله ونتاجه من الاخرين[7].

---

[1] **المصدر نفسه.**

[2] **ظ:الطوسي،المبسوط:244/2،والمحقق الحلي،شرائع الاسلام:410/2،والعلامة الحلي ،تحرير الاحكام:3/.68**

[3] **ظ: القرافي ، الفروق : 208/4.**

[4] **ظ: الشربيني ، مغني المحتاج: 286/2.**

[5] **ابن النجار ، منتهى الإرادات : 139/1.**

[6] **ظ: فتحي الدريني ، حق الابتكار : ص90-94.**

[7] **السيد كاظم الحائري ، حق الابتكار ، مجلة الفكر الإسلامي ، ص78، عدد 12.**

والصحيح : اننا ان سلمنا حكم العقل وكونه المغّيا بالحكم الشرعي الواصل فانما هو في مورد السلطنة التكوينية كما في الاعمال لا اكثر من ذلك ، واما في دائرة نتائج الاعمال فلا يوجد عدا حكم العقلاء وارتكازهم[1].

6ـ العرف : ان عمل المؤلف له ماليه ، وهذه المالية تحترم عند العرف،والشارع لا يرى في ذلك بأساً[2] ، وان العرف العام جرى اعتبار حق المؤلف في تأليفه وابداعه ، وكذلك العرف الخاص، فأثر التعويض عنه والجائزة عليه ، ولو كان هذا الحق لا يصلح محلا للتبادل والكسب الحلال لعدت الجائزة والتعويض عنه كسبا محرما ، فلا يقع اسم المال الا على ماله قيمة وما لا يطرحه الناس كالفلس[3] ، أي بين الناس عرفا بحيث اضحى محلاً للمعاوضة[4].

ثانيا . حق اختصاص مؤسسات النشر :

مؤسسات النشر مرة تكتسب حق النشر من خلال تخويل من المؤلف ومرة تكتسب حق الاختصاص بصورة اخرى .

ومن صور اكتساب حق الاختصاص بالنشر : ان يكون الكتاب من الكتب القديمة وقامت المؤسسة بتحقيقة بأموال لعامة المسلمين حيث كتب عليه (حقوق الطبع والنشر محفوظة) فان بعضهم يجعل حقوق الطبع مختصة بالمؤسسة لاجل اعادة الاموال العامة الى محلها ولا يمكن ذلك الا بالاختصاص بحقوق الطبع فتمنع المؤسسة غيرها من نشره [5].
[5].

اما اذا كان الكتاب قديما ومطبوعا ، وتناولته احدى المؤسسات ونشرته من غير تحقيق ، وكتبت عليه عبارة (حقوق الطبع محفوظة) تريد بذلك اختصاصها بأمتياز حق الطبع والنشر، (هنا وان كان في بعض الموارد يجوز لهذه المؤسسة ان تكثر الكتاب وتستفيد منه ماديا الا انه لا يحق لها ان تجعل ذلك حقا اختصاصيا لها) [6].

---

[1] المصدر نفسه .

[2] عبد الحليم عوض الحلي ، حقوق الطبع والنشر محفوظة أم لا ، جملة فقه أهل البيت ، 116/47.

[3] السيوطي ، الأشباه والنظائر ، 354.

[4] محمد عثمان بشير ، المعاملات المالية المعاصرة ، ص58.

[5] عبد الحليم عوض الحلي ، حقوق الطبع والنشر محفوظة أم لا ؟ مجلة فقه أهل البيت : 48/91-92.

[6]عبد الحليم عوض الحلي ، حقوق الطبع والنشر محفوظة أم لا ؟ مجلة فقه أهل البيت:93/48.

واستدل على ما تقدم . بجريان اصالة العدم ، حيث انه لم يكن لتلك المؤسسة حق في اختصاص الكتاب بها قبل الطبع ، وبعد الطبع نشك في حصول الحق لها فهنا نستصحب الحالة السابقة وهي عدم ثبوت حق الاختصاص[1].

اما اذا كان الكتاب نسخة مخطوطة قديمة موجودة في احدى المكتبات العامة في احدى الخزائن فانه يحق لاي شخص كان ان يبذل عليها مالا ليخرجها الى النور ويجعل حق الاختصاص بالنشر له اذا كان قد صرف عليها من امواله الخاصة[2].

واذا كان الكتاب نسخة قديمة موجودة عند وارث او غيره فان حيازتها توجب حق الاختصاص ، فيحق له ان يودعها عند مؤسسة ما للتحقيق دون غيرها من المؤسسات [3].

ثالثا . الاثار المترتبة على ثبوت حق الاختصاص بالنشر :

اذا ما ثبت حق الاختصاص بالنشر فان هناك جملة من الاثار التي تترتب على ذلك ، منها عدم جواز مزاحمة المؤلف من الاخرين قال " السيد محمد الصدر : ((فالاعتراف بها . أي حقوق النشر. شرعا ناتج من الاعتراف بان لها او لموضوعاتها نحوا من الاختصاص بالافراد ، وانه لا يجوز للاخرين مزاحمتهم عليها .... واما حق الطبع ، فهو تابع لما قلناه من وجود حكم تكليفي بعدم جواز المزاحمة)) [4] بل قد يصل للورثة فيما لو توفي صاحب الكتاب على القول بان مثل هذه الحقوق لها مالية محترمة عند العرف والعقلاء [5].

ومن الآثار التي تترتب على ما تقدم الاختلاف في حكم المعاملة على حق الاختصاص بالنشر ، فالاظهر عدم صحة كونه مبيعا ؛ إذ يعتبر في البيع كون المبيع من الأعيان والمراد بالعين هو الموجود المتعين الخارجي ، وما لو وجد لكان من المتعينات الخارجية ، فشمل الأعيان الخارجية ، والكلي المشاع ، والكلي في المعين،والكلي في الذمة [6].

---

[1] عبد الحليم عوض الحلي ، حقوق الطبع والنشر محفوظة أم لا ؟ مجلة فقه أهل البيت:93/48.

[2] المصدر نفسه.

[3] المصدر نفسه.

[4] السيد محمد الصدر ، ما وراء الفقه : 244/3.

[5] عبد الحليم عوض الحلي ، حقوق الطبع والنشر محفوظة أم لا ؟ ،مجلة فقه أهل البيت : 117/47.

[6] عبد الحليم عوض الحلي ، حقوق الطبع والنشر محفوظة أم لا ؟ ،مجلة فقه أهل البيت : 117/47 .

والظاهر إلى هذا نظر الفقهاء ، حيث استدلوا لكون المنفعة والحق مما يختص بهما صاحبهما فيكون حق الاختصاص ثابتا ؛ لأنهما يقعان عوضا في معاملة البيع،تارة بالتبادر * وأخرى بصحة سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض .

وقد يشكل بان البيع وان اختص بالأعيان إلا إن المعيار في المعاملة هو العرف ، والعرف يرى ان البيع يصدق على الأعيان و يصدق على الحقوق والمنافع .

ويكن مناقشة الأشكال بأنه إن ثبت ذلك في هذا الزمان فانه لا يبنى على كونه في زمان المعصوم (عليه السلام) لأصالة عدم النقل*، الذي ثبت عدم جريانها ببناء العقلاء وسيرة العلماء ، وان الشك في شمول البيع لنقل غير العين مانع عن التمسك بعمومات صحة البيع ، ويتعين البناء على ان المنافع والحقوق من المختصات لا من الأمور التي يجوز بيعها[1] .

*** التبادر : هو عبارة عن انسباق المعنى إلى الذهن من اللفظ عند سماعه (ظ : المشكيني ، اصطلاحات الأصول،ص493**

*** أصالة عدم النقل : أصل لفظي يتمسك به في حالات الشك في هجران المعنى الموضوع له اللفظ إلى معنى أخر(ظ : محمد صنقور علي ، المعجم الأصولي : 258/1)**

[1] عبد الحليم عض الحلي ، حقوق الطبع محفوظة أم لا ؟ مجلة فقه أهل البيت : 118/4.



الفصل الثالث

أحكام حق الاختصاص

المبحث الأول: حكم المزاحمة و اثارها

المبحث الثاني: المعاوضة على حق الاختصاص

المبحث الثالث: حكم رهن ما فيه حق الاختصاص و وراثته وانتهاؤه

المبحث الرابع :احكام الاختصاص الحاصل بزراعة الأعضاء (الترقيع الجلدي)

المبحث الأول : حكم المزاحمة واثارها :

المطلب الأول . حكم المزاحمة :

قبل التعرف على حكم المزاحمة لابد من تعريفها في اللغة والاصطلاح،فالمزاحمة في (اللغة) : وزن مفاعلة ، وهي المدافعة على مكان او غيره ، فيقال : زحمته زحما : وضايقته على المجلس ، وزحم القوم بعضا : تدافعوا،أي تضايقوا[1] .

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي ، أي المضايقة و الدفع[2] .

اما حكم (المزاحمة):

يكاد ينعقد اجماع الفقهاء على حرمة مزاحمة الغير والتصرف في مورد حق الاختصاص .

قال المحقق الحلي في ما اقطع إمام الأصل : (انه يفيد اختصاص مانعا من المزاحمة فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالاحياء) [3].

وادعى العلامة الاجماع على الحرمة قال : ((ماء البئر المملوك او العين المملوكة سواء قلنا انه مملوك اولا ، المالك احق به من غيره يسقي ماشية وزرعه،وليس لاحد مزاحمته اجماعاً)) [4].

وعلل المحقق النجفي حرمة المزاحمة لتحقيق الظلم عرفا ، قال : ((قد يقال بان له حق الاختصاص لمن سبق اليه لتحقيق الظلم عرفا بالمزاحمة له)) [5] ، فعدّ اهل العرف المزاحمة عليه ظلم وتعد يثبت الاختصاص[6] .

وقال السيد محمد بحر العلوم : (ومن حجر على موات من الأرض أو سبق الى وقف على عنوان يشمله ، فاشغله بنفسه أو بمتاعه فماله من الحق هو اختصاصه به وعدم

---

[1] ظ : ابن منظور لسان العرب : 262/12 مادة (زحم) ، و ظ : الفيومي ، المصباح المنير : 252/1، و ظ : المعجم الوسيط:812/1 ، مادة زحم .

[2] ظ:الشيخ صالح عبدالسميع الابي الازهري،جواهر الاكليل شرح مختصر خليل،داراحياء الكتب العربية، 69/1،د.ظ،د.ت.وظ :العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء : 406/2، والشهيد الأول ،الدروس الشرعية : 69/3.

[3] شرائع الإسلام : 274/3.

[4] تذكرة الفقهاء : 409/2.

[5] جواهر الكلام : 9/22.

[6] الشيخ مهدي كاشف الغطاء ، احكام المتاجر ، ص34.

الحق لآخر في مزاحمته عليه ... ومثله حق الاختصاص فيما لم يكن متمولاً من الاشياء ... وغاية ما يحصل لمن حجر أو سبق حق اختصاص فيما حجر عليه أو سبق اليه لا يجوز غصب منه ومزاحمته عليه)) [1] .

وكذلك ينطبق الحكم في الاوقاف العامة قال السيد الخوئي : ((ان مورده الموارد المشتركة بين المسلمين بان يكون لكل واحد منهم حق الانتفاع بها ، كالاوقات العامة ... فاذا سبق احد من الموقوف عليهم واشغلها لجهته التي انعقد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته وممانعته في ذلك)) [2].

ولعل عدم جواز التصرف في متعلق حق الغير عقلائي ، بل لعله مفهوم من مثل قوله ((عليه السلام)) : ((لا يحل لاحد أن يتصرف في مال غيره بغير اذنه)) [3] ،بالغاء خصوصية المال، ولهذا لايجوز التصرف في ملكه وان لم يكن مالا متقوما ، وهو المفهوم من الرواية .

وكذا ما يوصف بانه حق الغير كالتصرف في الخمر التي اتخذت للتخليل ، فلا يجوز التصرف في اموال الناس أو حقوقهم حتى حق الاختصاص ومنه حق التحجير ولو مع عدم المزاحمة[4] ،فلا يملك احد مزاحمة مستحق حق الاختصاص[5] .

فيتضح مما تقدم : عدم جواز مزاحمة مستحق حق الاختصاص ، و التصرف فيه ، وهو ثابت من خلال النصوص والاجماع والدليل العقلي والعرف .

المطلب الثاني – الاثار المترتبة على حرمة المزاحمة والتصرف :

اذا ما ثبت الحرمة في المزاحمة والتصرف بحق الاختصاص فان هناك جملة من الاحكام الوضعية التي يمكن ان تنتج من ذلك ، ولعل من ابرزها :

---

[1] **بلغة الفقيه : 34/1-35.**

[2] **مصباح الفقاهة : 145/1.**

[3] **وسائل الشيعة : 368/25.**

[4] **السيد الخميني ، البيع : 90/3.**

[5] **ظ : ابن رجب ، القواعد ، ص192، و ظ : ابن قدامة ، المغني : 42/5.**

اولا : تحقق الغصب بالاستيلاء والمزاحمة :

قال الشهيد الثاني في بيان بعض مصاديق الغصب : ((الاستقلال بأثبات اليد على حق الغير كالتحجير وحق المسجد والمدرسة والرباط ونحوه مما لا يعد مالا فان الغصب متحقق ، وكذا غصب مالا يتمول عرفا كحبة الحنطة ، فانه يتحقق به ايضا ، ويجب رده على مالكه مع عدم المالية)) [1].

ولو استقل باليد على حق الغير في نحو المدرسة والرباط والمسجد والتحجير فانه في جميع ذلك غاصب مع انه لم يستول على ماله[2] ، وكذا في الكلب غير الصيود فانه لا يبعد في ان للمستولي عليه حق اختصاص باعتبار استعداده للملوكية بحصول المنافع ، فلا يجوز غصبه منه[3].

ثانيا – الاثار الناتجة من المزاحمة والغصب :

فرع الفقهاء على الاستيلاء على ما فيه حق الاختصاص بعض الاحكام الوضعية والتي منها :

1- احكام العبادات في المكان بعد مزاحمة صاحب حق الاختصاص فيه : اختلف الفقهاء في صحة عبادة المزاحم على قولين :

القول الأول : عدم صحة العبادة ترتبا على غصب المكان :

وبه قال أكثر لامامية[4] والزيدية والحنابلة[5] ، فقد قال الشيخ جعفر كاشف الغطاء : ((ولو غصب مكانا في المسجد أو جلس على فراش مغصوب فالاقوى البطلان ، واما اللباس والمحمول فلا يبعث على الفساد على الاقوى))[6].

---

(1) الروضة البهية : 16/7.

(2) الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، 11/37.

(3) المصدر نفسه.

(4) ظ: الشيخ جعفر كاشف الغطاء ، كشف الغطاء ك 101/4 ومسند العروة : 2/424-425.

(5) المرداوي، الانصاف : 491/1.

(6) الشوكاني ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار : 156/1.

كذلك يبطل الاعتكاف اذ كان في مكان مغصوب فيه حق اختصاص قال السيد اليزدي :

((اذا غصب مكانا من المسجد سبق اليه غيره بان ازالة وجلس فيه فالاقوى بطلان اعتكافه)) [1].

كما افتوا ببطلان المسح بنداوة الماء المغصوب الذي فيه حق اختصاص اذا التفت الى غصبه اثناء الوضوء قبل المسح رغم ان المغصوب منه ليس مالكا للنداوة ، لعدم تمولها ، وانما يثبت له فيها حق الاختصاص فقط .

قال السيد اليزدي : ((اذا التفت الى الغصبية في اثناء الوضوء صح ما مضى من اجزائه ويجب تحصيل المباح للباقي ، واذا التفت بعد الغسلات قبل المسح هل يجوز له المسح بما بقي من الرطوبة في يده ويصح الوضوء اولا ؟ قولان : اقواهما الأول ، لان هذه النداوة لا تعد مال وليس مما يمكن رده الى مالكه ولكن الاحوط الثاني)) [2].

وبين السيد الخوئي ما يبتنى على ما قال به السيد اليزدي من بطلان الصلاة والاعتكاف في الموضع الذي ثبت فيه حق الاختصاص من المسجد ، بقوله : ((يبتنى ما ذكره على ان السابق في المسجد الشاغل للمكان ذو حق بالاضافة اليه بحيث لا يجوز التصرف الا بأذنه كما في الاملاك ؛ فانه وان لم يكن ملكا له الا انه متعلق لحق الاخصاص ، فعلى هذا يكون التصرف والمكث بغير الاذن محرما فيبطل الاعتكاف ... اما لو قلنا انه لا يستفاد من الادلة ثبوت الحق بهذا المعنى كي لا يجوز التصرف بغير الأذن ، وانما الثابت عدم جواز مزاحمته ؛ لكونه احق وأولى فلا تجوز ازالته عن المكان ومنعه عن الاستفادة واما ما بعد الازالة وارتكاب المعصية فالمكان باق على الاباحة للجميع من غير حاجة الى الأذن ، فلا يكون المكث محرما والصلاة والاعتكاف باطلا)) [3] .

---

[1] العروة الوثقى : 678/3، مسألة (30).

[2] المصدر نفسه : 405/1 مسألة (5).

[3] مستند العروة : 424/2-425.

القول الثاني : العبادة صحيحة والغاصب آثم :

وبه قال بعض الامامية[1] والمالكية[2] والحنفية[3] والشافعية[4] .

فقد قال الشيخ محمد حسن النجفي – بعد ايراد كلام استاذه كاشف الغطاء :((لكن اكثره لا يخلو من نظر حتى الفرق بين اللباس والمحمول وغيرها في الأول)) [5] .

وقال ايضا : ((ولو غصب مكانا في المسجد بان منع من سبق اليه أو جلس فيه ، ولغيره علامة اختصاص به فالاقوى عدم بطلان الاعتكاف)) [6] .

ويمكن تعليل ما ذهب اليه الشيخ محمد حسن النجفي باحد الاسباب الاتية :

1- لعل ذلك لعدم امتداد حقه في الاختصاص بالمكان الى ما بعد الازاحة ليجتمع مع العبادة ويقتضي بطلانها[7] .

2- أو لكونه لا يقتضي ملك التصرف في المكان ليتحقق الغصب[8].

3- ان الاعتكاف لا يتضمن القرار وان استلزمه خارجا[9] ، فالسابق يملك التصرف فيما سبق اليه والمزاحم له فيه غاصب له في ذلك ، وان الاعتكاف عبارة عن مجرد الكون في المسجد وهو بلا قرار ، فلا يتحد مع القرار كي يحرم بحرمته،وغصب المكان انما يحرم القرار لا غير .

2- ترتب الضمان :

يتفاوت الحكم في ترتب الضمان على غصب ما فيه حق الاختصاص بحسب المورود ويمكن بيان ذلك وفق الاتي :

---

(1) ظ:الشيخ محمد حسن النجفي،جواهر الكلام:188/17،والسيد محسن الحكيم،مستمسك العروة الوثقى: 574/8.

(2) القرافي ، الفروق : 85/3.

(3) الفتاوى الهندية : 132/5، و ظ : الميرغاني ، الهداية :80/3.

(4) الشيرازي ، المهذب : 71/1.

(5) جواهر الكلام : 188/17.

(6) الشيخ محمد حسن النجفي ، نجاة العباد ، ص188، عن متن كتاب شرح نجاة العباد للشيخ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، وهناك مخطوطة بحياة الصياد.

(7) أغا ضياء الدين العراقي تعليقة على العروة الوثقى : 688/3 مسألة (32).

(8)المصر نفسه.

(9) المصدر نفسه.

اولا – اذا كان المغصوب متمولا :

صرح الفقهاء بان غاصب العين التي ثبت فيها حق الاختصاص يعتبر ضامنا اذا كان المغصوب متمولاً . قال الشهيد الأول : ((ولو أثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسة على وجه التغلب ، ومنع المستحق ، فالظاهر ضمان العين والمنفعة)) [1].

ويمكن القول بعدم اعتبار الملك في القيمه التي هي عوض الشئ وبدله وان لم يكن مملوكا ، خصوصا اذا كان فيه حق الاختصاص[2] .

قال الميرزا النائيني : ((الحق في باب الضمان ثبوته مطلقا و لو لم نقل بكونه ملكا ، وذلك لكفاية حق الاختصاص الثابت عليه من المالك لثبوت الضمان ، ولا يحتاج الضمان الى الملك التام ، بل يكفي في ثبوته مرتبة ناقصة منه المعبّر عنه بالحق)) [3].

ثانيا : اذا كان المغصوب غير متمولاً :

اتفق الفقهاء على ان ما حرم الشارع الانتفاع به لغير ضرورة أو اضطرار لا يعتبر متقوما بالنسبة للمسلم كالخمر والخنزير ، فاذا اتلف احد خمرا لمسلم فلا يضمن لعدم تقومة[4] .

الا ان بعض الفقهاء وان قالوا بعدم ضمان غير المتمول الا انهم قالوا بوجوب رد المغصوب قبل اتلافه . قال الميرزا النائيني : ((يعتبر في وجوب رد عوضها شروط ثلاثة : الأول ان يكون التالف مما يتمول عرفاً وشرعاً ، فمثل الخنفساء والخمر وان وجب ردها حين بقائها لجهة حق الاختصاص الثابت لمن اخذ منه ، الا انه بعد تلفها لا يتعلق بها ضمان....))[5].

وقد يستشكل ، ان حديث : على اليد ما اخذت حتى تؤدي أو تؤديه)) [6] أو غيره مما يدل على ثبوت ضمان المثل قبل ضمان القيمة حتى في القيمي لا يرى سقوط الضمان فيما لا مالية له رأسا ، وقد ناقش السيد الخوئي ما قيل : من ان وجوب رد العوض مشروط

---

[1] **الدروس الشرعية : 106/3.**

[2] **الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 398/43.**

[3] **المكاسب والبيع : 365/2–367.**

[4] **ظ:جواهر الكلام : 45/37،والبحر الرائق:277/5 البحرالكبير: 34/4، الرزقاني على مختصرخليل: 141/3.**

[5] **منية الطالب : 283/1.**

[6] **مستدرك الوسائل : 72/17.**

بكون التالف مما يتمول عرفا وشرعا[1] ، حيث قال : ((ووجه الفساد : هو ان وضع على متعلق حق الغير بدون سبب شرعي يوجب ضمانه ، واذا اتلف ذلك انتقل ضمانه الى المثل نعم اذا تعذر المثل ايضا بقي التالف في عهدة الضان ، اذ المقروض انه ليس بمال ينتقل ضمانه . مع تعذر مثله . الى قيمته)) [2].

الا انه (قد) رد بان الذي يسهل الخطب ان حديث على اليد ضعيف السند وغير منجبر بشيء ، فلا يمكن الاستناد اليه في شيء من الاحكام الفرعية[3] وذلك وفق ميناه الذي يعتمده .

واختلف في الحكم المتقدم بالنسبة لغير المسلم على اتجاهين :

الاتجاه الأول .: اعتبار الخمر والخنزير مالا متقوما في حق الذمي ، ويثبت على متلفها الضمان مسلما كان ام ذميا . وذهب الى هذا الاتجاه : الامامية فقد قال الشيخ : ((واذا كان ذلك . أي الخمر . في يد ذمي ، فاتلفه متلف مسلما كان أو ذميا ، فعليه ضمانه ، وهو قيمته عند مستحليه)) [4].

والى هذا الاتجاه ذهب المالكية[5] ، والحنفية[6] ، والزيدية[7] .

الاتجاه الثاني .: عدم اعتبار الخمر والخنزير مالا متقوما في حق الذمي أو المسلم على حد سواء ، فلا يجب الضمان على متلفها مطلقا ، وذهب الى هذا الاتجاه كل من الشافعية[8] والحنابلة[9] .

---

[1] **ظ: منية الطالب : 288/1.**

[2] **السيد الخوئي ، مصباح الفقاهة : 146/3–147.**

[3] **المصدر نفسه.**

[4] **البسوط : 100/3، والخلاف : 444/3، و ظ المحقق النجفي جواهر الكلام : 45/37، و ظ :السيد الخوئي : مصباح الفقاهة : 146/3–147.**

[5] **ظ : مالك ، المدونة : 368/5، و ظ : حاشية الدسوقي : 447/3.**

[6] **الرضي ، البسوط : 25/13، و ظ : بدائع الضائع : 147/7.**

[7] **البحر الزخار : 309/3.**

[8] **نهاية المحتاج : 167/5.**

[9] **المغني : 285/2، وشرح منتهى الإرادات : 137/2.**

وحجتهم : ان اقصى ما يثبته لهم عقد الذمة اقرارهم على دينهم ، وعدم معاقبتهم فيما افترفوة حلالاً في دينهم لكن لا يسوغ لهم عقد الذمة ان يجاهروا بالمحرم ويتعاملوا به علنا فذلك لا يبرر لهم حتنمع عقد الذمة .

المبحث الثاني . المعاوضة على حق الاختصاص

المطلب الأول : تعريف المعاوضة وحكمها

اولا . تعريف المعاوضة :

المعاوضة في اللغة : المفاعلة من العوض وهو البدل ، والجمع اعواض ،وتقول عاوضت فلانا عاوضته وعوضته : اذا اعطيته البدل ، واعتاض أي اخذ العوض،واعتاضه منه واستعاضه وتعوضه : سأله العوض[1] ، وهو عقد يعطي كل طرف فيه نفس المقدار من المنفعة الذي يعطيه الطرف الآخر[2] .

ولا يخرج **الاصطلاح (الفقهي)** : عن اللغوي[3] . فعقود المعوضات : هي التي تقوم تقوم على اساس انشاء وجائب متقابلة بين المعاقدين ، يأخذ فيها كل من الطرفين شيئا ، ويعطي في مقابله شيئا ، وذلك كالبيع والاجارة ونحوها[4] .

ثانيا . حكم المعاوضة عن حق الاختصاص بالبيع والاعارة .

المعوضة عن الحقوق . بشكل عام . يمكن ان تتم بطريقتين :

الطريق الأول . الاعتياض عن الحقوق بالنقل :

النقل : هو تصرف يفتقر الى القبول ، وينقسم الى ما هو بعوض في الاعيان،كالبيع والقرض ، والى ما هو بعوض في المنافع كالاجارة والمساقاة والمزارعة والقراض والجعالة ،

---

(1) ظ : لسان العرب : 19/7 مادة (عوض) ، و ظ : الفيومي ، المصباح المنير ، ص229.

(2) محمد قلعجي ، معجم لغة الفقهاء ، ص408.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية : 29/5.

(4) مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام : 578/1.

والى ما هو يضير عوض كالهدايا والوصايا،والهبات،والصدقات ، والكفارات والزكاة والمسروق والغنيمة في الجهاد[1].

قال المحقق النائيني : ((ان الحقوق ليست كلها على سواء : فمنها مالا يقبل النقل الى الغير اما بلا عوض كحق القسم ... أو ينتقل بعوض كحق التجحير ...ومنها: ما يقبل الانتقال بالارث لا النقل)) [2].

يتبن ان النقل اما ان يكون :

1. بعوض كالبيع والاجازة والجعالة والمزارعة ، وحقيقة الاعتياض عن طريق الأول: نقل ما كان يملكه البائع الى المشتري بجميع مقتضيات النقل[3].
2. بغير عوض كالهبة والوقف والصدقة [4].

الطريق الثاني . الاعتياض عن الحقوق بالاسقاط :

الاسقاط : هو تصرف لا يفتقر الى القبول وهو اما بعوض كالخلع والعفو على مال والكتابة ، وبيع العبد نفسه[5] ، وهو اعتياض عن طريق الصلح والتنازل[6].

وقوام الحق قبول الاسقاط ؛ لان الحق عبارة عن السلطنة ، ولولا جواز الاسقاط لم يكن هذا سلطنة لذي الحق بل هو حكم مفروض عليه [7].

وحقيقة الاعتياض عن طريق الصلح والتنازل ان التنازل يسقط حقه ، ولكن لا يتنقل الحق الى المنزول منزوله بمجرد له ، ولكن نزول مزاحمة النازل بمقابلة المنزول له[8].

يتضح ان من الحقوق ما يصح ان يجري عليه الطريقان (النقل والاسقاط)،ومنها لا يصح ان يجري عليه الاسقاط ، ولا بد حينئذ من معرفة ذلك في حق الاختصاص :

---

[1] **ابن الشاط ، ادوار الشروق على انوار الغروق : 2/201-202.**

[2] **منية الطالب : 1/42-43.**

[3] **محمد تقي العثماني ، بيع الحقوق المجردة ، مجلة مجمع الفقه ، العدد (5) ، ص123.**

[4] **ظ : العز بن عبد السلام ، قواعد الاحكام : 2/149-151، و ظ : القرافي ، الفروق : 2/11 الفرق 79.**

[5] **ابن الشاط ، ادوار الشروق : 2/210-202.**

[6] **الغز بن عبد السلام ، قواعد الاحكام : 2/49-151 و ظ : الفروق : 2/110.**

[7] **النائيني ، منية الطالب : 1/42.**

[8] **محمد تقي العثماني ، بيع الحقوق المجروة ، ص5.**

اولا . حكم نقل حق الاختصاص (بالبيع أو الهبة أو الوقف ، أو المزراعة والوصية والاعارة :

الحكم في ذلك عند الفقهاء على اتجاهين :

الاتجاه الأول : جواز نقل حق الاختصاص :

جوز اغلب الفقهاء بيع حق الاختصاص اذا كان معاله، كالاختصاص في الأرضي . تال ابن ادريس (ت 598 هـ) : لا يصح التصرف فيها . أي الأرض . بالبيع والشراء والهبة وغير ذلك . فان قيل نراكم تبيعون وتقفون اراضي العراق ، وقد اخذت عنوة قلنا : انا نبيع ونقف تحجرنا وبناءنا فاما نفس الأرض فلا يجوز ذلك)) [1].

وقال العلامة الحلي في حكم بيع حق الاختصاص في الأرض الموات : ((واما الموات وقت الفتح فهي للامام خاصة ، ولا يجوز لاحد احياؤه الا بأذنه مع ظهوره ولو تصرف كان عليها طسقها له ، ... ومع ظهوره يجوز له نقلها من يد من احياها اذا لم يقبلها بما يقبلها غيره، ولا يجوز بيع هذه الأرض ، بل البيع يتناول التصرف من البناء والغرس ، وحق الاختصاص بالتصرف لا الرقبة)) [2].

وقال المحقق الكركي في الأرض الخراجية : ((لا يجوز بيع هذه ولا هبتها ولا وقفها ، لانها ارض المسلمين قاطبة فلا يختص بها احد على وجه التملك لرقبة الأرض ، انما يجوز له التصرف فيها ، ويؤدي حق القبالة الى الامام ، ويخرج الزكاة مع اجتماع الشرائط ، واذا تصرف فيها احد بالبناء والغرس صح له بيعها على معنى أنه يبيع ماله فيها من الآثار وحق الاختصاص بالتصرف لا الرقبة)) [3].

والانصاف انه لا يستفاد من الادلة ، ازيد من ثبوت حق الاختصاص والأولوية في التصرف في الأرض لمن له الاثار فيها ، فاذا بيعت الاثار المملوكة لبائعها لحق المشتري ما كان للبائع في نفس الأرض من حق الاختصاص والأحقية بالتصرف[4] .

---

[1] **السرائر : 464/1.**

[2] **تحرير الاحكام : 172/2.**

[3] **المحقق الكركي ، الرسائل : 248/1.**

[4] **السيد محمد بحر العلوم ، بلغة الفقيه : 243/1–244.**

وقال السيد الخوئي : ((ان الثابت لهم في ذلك . أي الأرض الموات . مجرد حق الأولوية والاختصاص بحيث لا يتزاحمهم غيرهم في ذلك ... لا شبهة في جواز البيع ، لكي لا يدل ذلك كونها ملكا للمحيي ، بل يبيع فيها ما ثبت له من الحق فيها...فالعوض هو الثمن والمعوض هو الحق الثابت في تلك الأرض كحق التحجير وحق الجلوس)) [(1)].

ومما تقدم يتبين بيع حق الاختصاص بالارض الموات والأرض الخراجية وهو ما ذهب اليه الفقهاء في هذا الاتجاه ، فقد صرح بعضهم بصحة جعله مهرا في النكاح اذا فرض كونه الحقوق المالية [(2)].

وذهب الحنفية الى جواز الاعتياض عن حق الاختصاص مقابل مال[(3)] .

والمعتد في مذهب المالكية جواز اسقاط حق الاختصاص لا بيعه[(4)] .

وذهب ابو اسحاق الشيرازي من الشافعية خلافاً للمعتد في مذهبه الى بيع حق الاختصاص[(5)] .

ويبدو ان البجيرمي (ت : 1221هـ) وافقه في ذلك حيث قال : ((ولا يبعد في اشتراط الصيغة في نقل اليد في الاختصاص كأن يقول : ((وفعت يدي عن هذا الاختصاص ، ولايبعد جواز اخذ العوض عن نقل اليد كما النزول عن الوظائف)) [(6)].

الاتجاه الثاني . عدم جواز الاعتياض.

اعتمد هذا الاتجاه اغلب الشافعية ، ويرونه الاصح في المذهب ، قال الشربيني :

((الاصح المنصوص انه لا يصح بيعه أي احقية اختصاص المتجحر كما قاله الامام وغيره ولا هبته)) [(7)].

[(1)] مصباح الفقاهة : 5/116-117.

[(2)] ظ: الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 30/163 و 31: 7.

[(3)] ابن عابدين ، رد المحتار : 4/518-519.

[(4)] حاشية الدسوقي : 3/434.

[(5)] المهذب : 1/425.

[(6)] حاشية البجيرمي على منهج الطلاب : 2/165 و ظ : حاشية البجيرمي على شرح الخطيب : 3/3.

[(7)] ظ: مغني المتاج : 2/366-367.

والمعتمد عن الحنابلة عدم جواز بيع حق الاختصاص لانه دون الملك[1] ، الا انهم اجازوا اسقاط حق الاختصاص بالانتفاع بيوت المدارس الموقوفة واماكن الجلوس في المساجد والاسواق [2].

ويرجح الباحث الاتجاه الأول القائل بجوازالاعتياض عن حق الاختصاص الذي قال به اكثر الفقهاء ومنهم الامامية على وفق الادلة التي استدلوا بها والتي منها : صحيحة صفوان ، قال : حدثني ابو بردة . قال : قلت لأبي عبد الله ((e)) كيف ترى في شراء ارض الخراج ؟ قال: ومن يبيع ذلك ، وهي ارض المسلمين ؟ ، قال : قلت : يبيعها الذي هي في يده . قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثم قال :

لاباس ان يشتري حقه منها ويحول حق المسلمين عليه ، ولعله يكون اقوى عليها واملا بخراجهم منه)) [3].

ومن هذا يتضح : ان جواز البيع في حق الاختصاص لا في رقبة الأرض نفسها .

اما اعتراض البعض على بيع حق الاختصاص لانهم حصروا البيع في الملك لا في الحق مستدلين على ذلك برواية سعيد بن الاعرج التي اجاز فيها الامام بيع القناة فقد جاء عن سعيد الاعرج عن ابي عبد الله ((قال : ((سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغني بعضهم عن شربه ؟ قال :

نعم ان شاء باعه بورق ، وان شاء باعه بحنطة)) [4].

ووجه الدلالة ان البيع جائز في الملك ولو لم يكن ملكا لما جاز بيعها لكن الاشكال على مستند هذا القول يتلخص في ان اثبات الشيء لا ينفي ما عداه ويمكن التعليق على ما تقدم :

ان جواز البيع اعم من ان يقع على الملكية ؛ لان الاحقية تكفي للمعاوضة في البيع ، فقد يكون بيعا للحق الذي يكون للفرد في القناة بحيث ينتقل هذا الحق بالبيع الى المشتري فيصبح اولى بالقناة [1].

---

[1] الرملي ، المغني : 331/5، و ظ : شرح منتهى الإرادات : 368/3 ، و ظ : كشاف القناع : 193/4، و ظ : قواعد بن رجب ، 199.

[2] ظ : قواعد بن رجب : ص 199، و ظ : البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، 165/64.

[3] الطوسي ، تهذيب الاحكام : 7/ كتاب التجارات حديث رقم : 686.

[4] وسائل الشيعة : 373/17 حديث رقم (22778).

ومن الروايات التي استدل بها على جواز بيع حق الاختصاص في القناة ما ورد ابي عن عبد الله بين قوم لكل رجل منهم شرب معلوم ، فاستغنى رجل منهم ، عن شربه ايبيعه بحنطة أو شعير ؟ قال : يبيعه بما شاء . هذا مما ليس فيه شي)) [2].

الا ان هناك من اوقع المعارضة بينها وبين بعض الروايات [3].

والتحقيق في الجمع بين الروايتين : ان الرواية الناهية كموثقة ابي بصير تدل على امرين[4]:

احدهما : وجوب الاعارة وبذل القناة مجانا لأجل ان ينتفع بها المستعير عند اشباع صاحب القناة حاجته .

والثاني : عدم جواز بيعها .

والطائفة الثانية التي فيها خبر الكاهلي[5] لا ينفي الامر الأول بوجه ، لانها لا تدل على وجوب اعارة القناة للغير وانما تدل جوز بيعها وجواز بيعها ، لا يستلزم عدم وجوب اعارتها ، ولا يتوهم الملازمة بدعوى : انه لو كان يجب اعارتها مجانا لما كان هناك داع لاشترائها ولم يبق موضعا لبيعها .

ويندفع هذا التوهم : بان وجوب الاعارة لا يجعل الاشتراء لغوا ؛ لان الشخص قد لا يكتفي بمجرد الانتفاع المبذول له مجانا بالاعارة ، بل يريد ان يكون له حق الاختصاص والاولوية في القناة ، كما كان لصاحبها الذي استغنى عنها ، وهذا الحق انما ينقل بالبيع والشراء[6].

وعليه فالروايات الدالة على جواز البيع لا تنافي وجوب الاعارة اصلا . نعم تقع المعارضة بين هذه الطائفة الدالة على جواز البيع[7] وبين الطائفة الناهية بلحاظ مدلولها

---

(1) ظ: السيد محمد باقر الصدر ، اقتصادنا ، ص270.

(2) الوسائل : 374/17 حديث (22780).

(3) السيد محمد باقر الصدر ، اقتصادنا ، ص721.

(4) السيد محمد باقر الصدر ، اقتصادنا ، ص721.

(5) ظ: وسائل الشيعة : 374/17 حديث (22780).

(6) السيد محمد باقر الصدر ، اقتصادنا ، 721–722.

(7) ظ:الوسائل : 332/17 حديث (32239) وغيره.

الثاني ، وهو النهي عن بيع القناة[1] ، وحل هذه المعارضة ان الطائفة الناهية عن البيع والامرة بالاعارة، يتحمل في نهيها عن البيع وجهان :

احداهما : انه نهي حقيقي عن البيع بقول مطلق .

ثانيها : انه نهي عن البيع في قبال الاعارة ، بمعنى : ان من يريد ان يستعير منك القناة لا تضطره الى الشراء ، ولا تبعها عليه ،أعره اياه مجانا . فهو نهي عن البيع في مورد طلب الاعارو ، لا نهي عن البيع مطلقا ، حتى اذا كان مقصود المشتري ان يكتسب حق الاختصاص بها ، كما يقربه جعله في قبال الاعارة . فان كان النهي بالمعنى الأول وقعت المعارضة وان كان بالمعنى الثاني فلا معارضة[2] .

وحينئذ ينبغي ان يقال : ان ظهور الجواز اقوى وارجح من ظهور النهي عن البيع وينتج مما تقدم (وجوب اعارة الزائده على الحاجة من القناة مجانا للاخرين،وجواز بيعها المنتج لأنتقال حق الاختصاص والأولوية الى المشتري) [3].

المطلب الثاني : حكم المزارعة على ما فيه حق الاختصاص :

الزارعة في (اللغة) من زرع الحب زرعا وزراعة : بذره ، والأرض:حرثها للزراعة ، وزرع الله الحرث : انبته وأنماه ، وزارعه مزارعة : عامله بالزراعة [4].

وفي (الاصطلاح) : معاملة على الأرض بحصة من حاصلها[5] ، أو هي عقد على الزرع ببعض الخارج[6] ، أو هي الشركة في الزرع[7] ، وعمل على ارض ببعض ما يخرج منها ، والبذر من المالك[8] ، أو هي دفع ارض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه ، أو مزروع ليعمل عليه بجز مشاع معلوم من المستحصل[9] .

---

(1) اقتصادنا : ص722.

(2) المصدر نفسه.

(3) اقتصادنا : ص722.

(4) ابن منظور ، لسان العرب : 141/8 مادة زرع ، الفيومي ، المصباح المنير : 331/2.

(5) المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 81/2.

(6) ظ: حاشية ابن عابدين: 274/6، و ظ : السرخسي : 17/27.

(7) حاشية الدسوقي : 372/3.

(8) مغني المحتاج : 324/2.

(9) البهوتي / منتهى الإرادات : 471/1، و ظ : كشاف القناع : 532/3.

وهي عقد لازم[1] .

والواضح من التعريفات المتقدمة ان المزارعة تأتي على الأرض بحصة أو شركة على ما يخرج من محصولها بشكل معلوم .

واختلف الفقهاء في حكم المزارعة بشكل عام فمنهم من ذهب الى صحتها[2] ومنهم من قال بعدم الصحة[3] .

واذا ما كانت المزارعة جائزة فان هناك ثمة خلاف اخر في حكم المزارعة على ارض ثبت فيها حق الاختصاص بالانتفاع لا الملك ويمكن بيان ذلك وفق الاتجاهين الاتين :-

الاتجاه الأول : عدم صحة المزارعة على ارض (فيها حق الاختصاص)

وذهب الى هذا اغلب فقهاء الامامية حيث قال الشهيد الثاني : (أعلم انه قد استفيد من حقيقة المزراعة ومن صيغتها ان المعقود عليه هو الأرض المملوكة المتنفع بها)) [4] ، وهذا يعني اشتراط أو كون الأرض ملكا حتى تصح المزارعة الا انه (قد) ذهب الى صحة المزارعة اذا كانت ملكا لاحد الطرفين كالدولة مثلاً[5] .

وذهب الى ذلك بعض فقهاء الامامية المعاصرين ومنهم السيد البروجردي اذ قال : ((لا يكفي التحجير في صحتها ؛ اذ التحجير يفيد أو لويته باحيائها وعدم جواز مزاحمته فيه لا اختصاصه بمنافعها حتى لا يجوز لغيره التصرف فيها الا بأذنه)) [6].

وكذلك ذهب السيد الخميني[7] والسيد الكلبابكاني[8] الى عدم كفاية التحجير لصحة المزارعة .

وذهب الشافعية الى هذا الاتجاه بعدم صحة المزارعة مالم تكن الأرض ملكا[9] .

---

[1] **الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 7/27.**

[2] **ظ:حاشية الدسوقي: 372/3،وظ:المغنى : 416/5، بدائع الضائع 175/6حيث ذهب أبو يوسف إلى الجواز.**

[3] **تبيين الحقائق : 278/5 ، المدونة الكبرى : 552/9.**

[4] **المسالك : 3/5.**

[5] **ظ : المصر نفسه 4/5.**

[6] **التعليق على العروة الوثقى : 296/5م1.**

[7] **المصدر نفسه.**

[8] **المصدر نفسه.**

[9] **حاشية الدسوقي : 373/3.**

الاتجاه الثاني . صحة المزارعة :

ذهب السيد اليزدي من الامامية الى كفاية ثبوت حق الاختصاص في الأرض لجواز المزارعة عليها ، حيث قال : ((لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكا للمزارع ، بل يكفي كونه مسلطا عليها بوجه من الوجوه كأن يكون مالكا لمنفقها بالاجارة والوصية أو الوقف عليه ، أو مسلطا عليها بالتولية كمتولي الوقف العام أو الخاص ، والوصي أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير والسبق ونحو ذلك)) [1].

وذهب المحقق الاصفهاني الى صحة المزارعة على ارض فيها حق الاختصاص لكن لا من جهة التحجير بل من جهة القبالة مثلا حيث قال : ((الظاهر عدم كفاية مثل حق التحجير والسبق في صحة المزارعة . نعم ، لو كانت الأرض زراعية وله اختصاص بها من جهة تقبلها من السلطان . مثلا . لا اشكال في جواز مزارعتها)) [2].

ويبدو ان السيد محسن الحكيم (قد) وافق ما ذهب اليه السيد اليزدي في العروة[3].

ويبدو مما تقدم ان الخلاف في حكم المزارعة على ما فيه حق الاختصاص أو على غير مملوك لم يكن غير جائز بشكل عام وهذا ما حاول بيانه الشهيد الثاني فبعد ان بين عدم صحة المزارعة على غير المملوك قال بصحتها اذا كان احد الطرفين المتعاقدين مالكا كما هو في الأرض الخراجية قال : ((وارض الخراج وان كانت غير مملوكة العين ذاتا لكنها قد تهلك منفعتها بالتقبيل أو غير ذلك مما يفيد المنفعة أو الانتفاع ، وكذا من سبق اليها فاصياها وقلنا انه بذلك يكون احق من غيره في الانتفاع بها ... ولذا يصح جعل مثل هذه الأحقية ثمنا لمبيع واجرة في الاجارة اذ هو كالتحجير ونحوه من الحقوق المالية ، وعلى هذا اخرجت نصوص مزارعة ارض الخراج....فلو اتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الأرض الخراجية فطريق الصحة الاشتراك في البذر)) [4].

---

[1] العروة الوثقى : 455/2 مسألة (1).

[2] التعليق على العروة الوثقى : 296/5 مسألة (1).

[3] ظ: مستمسك العروة الوثقى : 62/13.

[4] المسالك : 4/5.

وقال الشيخ محمد حسن النجفي : ((ارض الخراج التي يفوض امرها الجائر مثلا الى شخص مثلا على انها له اذا زرع عليها لا يملك الحصة ، بل تكون الحصة حينئذ للمسلمين على فرض صحته المزارعة)) [1].

واستدل على جواز المزارعة على ارض الخراج التي تثبت فيها حق الاختصاص بروايات منها :

1. عن ابن ابي عمير عن حماد ين عثمان ، عن الحلبي ، عنه ابي عبد الله ((عليهم السلام)) . في حديث . ((انه سئل عن مزارعة اهل الخراج بالربع والنصف والثلث ، قال: نعم لا باس به ، قد قبل رسول الله (ص) خيبر أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر ، والخبر هو النصف)) [2] .

2. عن الفيض بن المختار قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) :

جعلت فداك ما تقول في ارض اتقبلها من السلطان ثم اؤا جرها اكرتي على ان ما اخرج الله منها من شيء كان لي من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان ؟ قال:لا باس به ، كذلك أعمال اكرتي)[3] .

3. عن يعقوب بن شعيب ، عن ابي عبد الله (ع) قال : ((سأله عن الرجل تكون له الأرض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما ؟ قال : لا باس . الى ان قال :وسأله عن المزارعة ؟ فقال النفقة منك ، والأرض لصاحبها ، فما اخرج الله من شيء قسم على الشطر وكذلك اعطى رسول الله (ص) خيبر حين أتوه فاعطاهم اياها ان يعمرها ولهم مما اخرجت)) [4].

فالروايات المتقدمة توكد جواز المزارعة في الأرض الخراجية التي تثبت فيها حق الاختصاص بها بالانتفاع فيها ، قال المحقق النجفي : ((المعاوضات التمليكية لا يتصور فيها عدم ملكية العوضين أو احدهما بأحد من الوجوه التي ذكرناها أي العين أو المنفعة أو الانتفاع . بل سمعت ما في خبر يعقوب المسئول فيه عن المزارعة (النفقة منك والأرض

---

[1] **جواهر الكلام : 7/27.**

[2] **الطوسي : التهذيب : 201/7 حديث 288 ، الوسائل : 42/16 حديث (4) (24) .**

[3] **الكافي : 269/5، حديث رقم (5) ، السائل : 92/19-53 حديث (43، 24).**

[4] **المصدر نفسه : 268/5 ، حديث رقم (2) ، الوسائل : 45/19 حديث (24121) .**

لصاحبها فما اخرج الله تعالى من شيء قسم على الشطر) كغيره من النصوص الظاهرة في كون الأرض في المزارعة مملوكة عينا أو منفعة أو انتفاعا)) [1].

وعليه يرجع الباحث صحة المزارعة على ما فيه حق الاختصاص لتسلط صاحب الحق المذكور على الأرض على نحو الانتفاع . سواء كان ذلك بالشركة في جهته من الجهات كالبذر مثلا . أو غيره ، وفق ما ذكره الشهيد الثاني والادلة التي استدل بها .

ثانيا . الاعتياض عن حق الاختصاص بالاسقاط :

الاعتياض بالاسقاط يمكن ان يتم من خلال الصلح ويمكن بيان ذلك وفق الاتي :

الصلح (لغة) : اسم بمعنى المصالحة والتصالح ، وهو ازالة النفار بين الناس ، والمسألة بعد المنازعة ، ويقال اصطلحوا وتصالحوا[2] .

واصطلاحا : هو عقد شرع لقطع التجاذب[3] ورفع النزاع[4] وهو مشروع كتابا وسنة واجماعا من المسلمين[5] .

ويصح الصلح عن كل ما يجوز خذ العوض عنه[6] ، ولذا كثير ما يستعمل الفقهاء لفظ المصالحة على انها معاوضة[7].

والصلح على حق الاختصاص باعتباره طريقة من طرق الاسقاط . تارة يكون من دون عوض واخرى بعوض ، فالأول لا شكال عليه واما الثاني فللفقهاء اراء تؤكد . في الغالب . على الجواز ويمكن بيان ذلك وفق الاتي :

قال المحقق الكركي : ((ولو صالح على اسقاط خيار أو على حق اولوية ونحو ذلك صح)) [8].

---

[1] جواهر الكلام : 27/5-6.

[2] ظ: لسان العرب : 516/2.

[3] المحقق الحلي ، شرائع الإسلام: 148/2.

[4] المغني : 3/5 ، ومغني المحتاج: 177/2.

[5] جواهر الكلام : 211/26.

[6] ابن قدامة ،المغنى : 27/5.

[7] ظ: المغني : 35/5، الزرقا ، المدخل الفقهي الهام : 578/1.

[8] جامع المقاصد : 414/5.

وقال الشهيد الثاني : ((ولو صالح على مثل اسقاط اخيار ، أو على حق اولوية في تحجير وسوق ومسجد صح ايضا)) [1] .

وقال الشيخ جعفر كاشف الغطاء : ((دفع شيء من المال يشك في دخوله تحت الاكتساب المحظور ، فيبقى على اصل الجواز)) [2].

وقال الشيخ محمد حسن النجفي : ((لعل دفع العوض لرفع يد الاختصاص عنه لا بأس به ضرورة عدم صدق التكسب به ، لعدم دفع العوض عنه)) [3] ، فلا يبعد جواز المعاوضة على حق الاختصاص ويجري عليه سائر ما يجري على الحقوق[4] .

وذهب الشيخ الانصاري الى صحة الصلح على حق الاختصاص بعوض ومن دون عوض لا انه اشكل قال : ((الظاهر جواز المصالحة على هذا الحق بلا عوض بناء على صحة هذه الصلح ، بل ومع العوض بناء على انه لا يعد ثمنا لنفس العين حتى يكون سحتاً ... لكن الانصاف ان الحكم مشكل . نعم ، لو بذل مالأ على ان يرفع يده عنها ليحوزها الباذل كان حسنا كما يبذل الرجل المال على ان يرفع اليد عما في تصرفه من الامكنة المشتركة كمكانه من المسجد والمدرسة والسوق)) [5].

وفصل الميرزا النائيني القول في صحة الصلح على حق الاختصاص الثابت في النجاسات والمتنجسات فصحح الصلح على الاولى ودون الثانية ، قال : ((وعلى كل تقدير ، فلا بأس في جواز إعطاء شيء مجانا لمن له حق الاختصاص بها ، ليرفع اليد عنها ، فيجوزها غيره . واما صحته الصلح على حق الاختصاص بها، فالحق هو التفصيل بين كون المنع عن البيع ، لمكان انتفاء المالية وبين كونه لاجل التعبد بالقول بصحه الصلح في الأول دون الثاني))[6].

---

[1] **المسالك : 269/4، و ظ البحراني ، الحدائق : 106/21.**

[2] **شرح القواعد : 125/1.**

[3] **الجواهر : 22/9-10.**

[4] **ظ: المصدر نفسه : 6/27.**

[5] **المكاسب : 106/1-107.**

[6] **المكاسب والبيع : 20/1 ، و ظ : السيد الخوئي : منهاج الصالحين :3/2 مسألة 21.**

وعند جمهور الفقهاء من الحنيفة[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] متى ما ثبت لانسان حق ، وهو جائز التصرف ، كان له اسقاطه بدون عوض إلا لمانع[5].

ومما تقدم يمكن بيان ضابط عقلائي يحدد جواز الاسقاط وعدمة وهو : ان ما كان نظر العقلاء لرعاية حال من اعطي الامر بيده ، ولاجل مصلحته كحق الاختصاص الحاصل وحق الخيار وما شابه فهو قابل للاسقاط ، وما لم يكن كذلك فهو غير قابل للاسقاط.

المبحث الثالث

حكم رهن ما فيه الاختصاص ووراثته وانتهائه

المطلب الأول : رهن ما فيه حق الاختصاص

المعروف بين الفقهاء عدم جواز جعل مالا يملك وثيقة في الرهن اذ الرهن في اصطلاحهم هو : جعل عين وثيقة بدين يستوفى منها أو من ثمنها اذا تعذر الوفاء[6]،والمراد الوفاء[6]،والمراد من الوثيقة للدين ما يستوفى منها ، لا ان المراد يستوفى بسبب حبسها وان لم يصلح الاستيفاء منها كأم الولد والعين الموقوفة ونحوها[7].

وعليه فان ما فيه حق الاختصاص لا يعتبر ملكا كالارض الخارجية وكذا الخمر القابل للتخليل فانه ليس ملكا اضافة الى انه غير متقوم واختلف الفقهاء في ذلك .

---

[1] ظ: الكاساني ، بدائع الصنائع : 297/5.

[2] القرافي ، الفروق : 195/1-197.

[3] الزركشي ، المنثور في القواعد ، 4/2.

[4] البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : 260/2 .

[5] ظ: المحقق الأصفهاني ، حاشية المكاسب : 48/1.

[6] ظ: القاضي أبو يحيى زكريا الانصاري اسنى المطالب :144/2، ابن عابدين ، رد المحتار : 307/5،والدسوقي وحاشية الدسوقي :31/3، وابن قدامة المغني :261/4، الرملي ونهاية المحتاج :33/4، والمحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 97/2.

[7] الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 95/25.

قال المحقق النجفي : ((يعتبر في الرهن اصل الملكية ، وحينئذ فلو رهن المسلم خمرا أو خنزيرا أو نحوهما مما لا يملكه المسلم لم يصح بلا خلاف اجده فيه ولو كان عند ذمي ؛ لعدم ملكية الراهن لها ، وعدم سلطنته على بيعها ووفاء دينه منها)) [1].

وقال ((فلو رهن عصيرا جاز بلا خلاف ، بل الاجماع عليه[2] ؛ لانه عين مملوكة يجوز بيعها اجماعا بقسميه .... فان صار خمرا في يد المرتهن بطل الرهن عندنا ؛ للخروج عن الملكية التي هي شرط صحته)) [3] .

الا ان السيد البجنوردي رأى صحة رهن حق الاختصاص نفسه اذا كان له اعتبار عند العقلاء، قال : (لو رهن عصيرا فصار خمرا عند المرتهن فلا شك في زوال ملكية الراهن ؛ لأن الشارع اسقط مالية الخمر وملكيته ، ولكن حق الاختصاص باق ، فله تخليله ومنع غيره عنه . فان كان لهذا الحق اعتبار عند العقلاء بحيث يمكن ان يكون وثيقة لدين المرتهن ، فلا يبطل الرهن ويبقى وثيقة عنده ، واما اذا لم يكن قابلا للاستيثاق به فبقاؤه هنا لا معنى له ويكون لغوا)) [4].

اما ارض الخراج الثابت بها حق الاختصاص لم يصح رهنها[5] . و يصح رهن ما بها من ابنية والات وشجر ؛ لكونها مملوكة لصاحبها بخلافها هي ، كما انه يصح رهنها مع الاثار [6].

وقال جمهور الفقهاء من الشافعية[7] والحنابلة[8] والمالكية[9] والحنفية[10] يجوز رهن كل كل متمول يمكن اخذ الدين منه أو في ثمنه عند تعذر وفاء الدين من ذمة الراهن . الا ان

---

[1] **جواهر الكلام : 127/25.**

[2] **الشيخ الطوسي ، المبسوط : 215/2.**

[3] **الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام : 128/25.**

[4] **القواعد الفقهية : 26/6.**

[5] **المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 99/2.**

[6] **جواهر الكلام : 127/25.**

[7] **ظ: نهاية المحتاج : 238/4.**

[8] **المغني : 374/4.**

[9] **النووي ، المجموع : 198/13.**

[10] **حاشية الطنطاوي : 235/4.**

منهم من اجاز رهن ما فيه غرر يسير[1] ، وراي الحنفية عدم جواز رهن المشاع[2] . بخلاف بخلاف الامامية حيث اجمعوا على جواز رهن المشاع ، قال المحقق النجفي : ((ورهن الشارع لا اشكال فيه عندنا ولا خلاف)) [3].

مما تقدم يتبين : انه اذا كان مورد حق الاختصاص ليس له اعتبار عند العقلاء فلا يصح ان يكون متعلقا للرهن ، واما اذا كان له اعتبار عند العقلاء فانه وبحسب ما قال به بعض الفقهاء – يصح عليه الرهن .

المطلب الثاني : وراثة حق الاختصاص

فرق الفقهاء عند تطرفهم لوراثة حق الاختصاص – بين موارد حق الاختصاص القابلة للارث وغير القابلة . فالمؤسسات ذات النافع العام مثل الطرق والاسواق والمساجد وغيرها من الموقوفات التي ثبت فيها حق اختصاص غير قابلة للارث ، واما سائر المباحات والاعيان النجسه فهي قابلة للتوريث .

قال العلامة الحلي : ((تصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات ..... ثبوت الاختصاص فيها وانتقالها من يد الى يد بالارث وغيره)) [4].

واحتمل الفخر – نجل العلامة – عدم الجواز الا ان الاصح عنده الجواز ، قال : ((اقول : وجه الغرب ثبوت حق عليها ، وهو الامساك للتخليل ، وثبوت الحرمة لها ، فيجوز الوصية بها ؛ ولانه في الحقيقة وصية بمنفعة فتصح ويتحمل عدم الجواز ؛لان الوصية تمليك وهي غير صالحة للتمليك ، والاصح عندي انه كل ما يصح الانتفاع به من النجاسات .... تصح الوصية به ، وكذا الخمر المحترمة كالتي اتخذت للتخليل؛لثبوت الاختصاص بها وانتقالها من يد الى يد بالارث)) [5] .

---

[1] **النووي ، المجموع : 198/13.**

[2] **الهداية : 126/4.**

[3] **جواهر الكلام : 126/25.**

[4] **تذكرة الفقهاء : 479/2.**

[5] **الايضاح : 504–505.**

وفي قابلية توريث حق الاختصاص بالتحجير قال العلامة : ((التحجير لا يفيد ملكا ، بل اولوية واختصاصا ، فان نقله الى غيره كان الثاني بمنزلته ، ولو مات فوارثه احق به)) [1].

وقال الشيخ محمد حسن النجفي : تصح ((الوصية .... بالعين التي لا تدخل في الملك ، لكن للمستولي عليها حق اختصاص بها على معنى الوصية بذلك الحق الذي للموصي ، وكذا حق التحجير)) [2].

وقد حاول بعض الفقهاء بيان المناط في قابلية حق الاختصاص للتوريث في المباحات وعدمه في الطرقات والمساجد وغيرها من المؤسسات المخصصة للنفع العام ، ففي العام المباحات حق الاختصاص غير متقوم بالشخص وعليه فيمكن ان يورث؛لتقومه بالجهة والجهة باقية وان تبدل طرفها . واما الموارد المخصصة للنفع العام فان الاختصاص متقوم بالشخص فلا ينتقل الى غيره قال الشيخ الانصاري في بيان ارث الحقوق : ((الثاني : كونه . أي حق الاختصاص . حقا قابلا للانتقال؛ليصدق انه مما تركه الميت بان لا يكون وجود الشخص وحياته مقوما له ،والا فمثل حق الجلوس في السوق والمسجد وحق التولية والنظارة غير قابل للانتقال ، فلا يورث)) [3].

لكن التمييز بين ما يكون متقوماً بوجود الشخص وبين غيره مشكل وكذلك جعل الشيخ الاعظم المناط في ذلك اجماع الفقهاء[4] وكذلك فعل الميرزا النائيني[5] .

وربما جعل المناط في ذلك استجلاب شيء من المال أو غيره وعدمه ، فما استجلب به المال بورث ، وما ليس فلا يورث ، والتحجير والسبق الى المباحات مما يستجلب به المال فيورث ، وحق الاختصاص بالسبق الى المشتركات العامة لا يستجلب ، فلا يورث . وقد ناقش الميراز النائيني بان ذلك متوقف على الاجمال وقال : ((وقد يقال : ان الحق لو كان مما يستجلب به المال كحق الخيار والشفعة والتحجير والسبق الى المباحات الأصلية ، أو يستجلب به أمر آخر كالقصاص وحد القذف فهو تركه الميت وينتقل الى وارثه ، واما لو

---

[1] **تحرير الاحكام : 486/4.**
[2] **جواهر الكلام : 279/28.**
[3] **كتاب المكاسب : 110/6.**
[4] **كتاب المكاسب : 110/6.**
[5] **المصدر نفسه : 206/3–287.**

لم يكن كذلك كحق السبق في المشتركات العامة من المدارس والمساجد والخانات فليس مما تركه الميت حتى ينتقل الى وارثه ، ... وهكذا الفرق بين حق التحجير مثلا وحق الجلوس في المسجد)) [1] فمن حجر ارضا .. أو بدأ باحيائها ثم مات قبل اتمام اعمال الاحياء ، فورثته يقومون مقامه باحقية هذه الأرض ميراثا ؛ لان الحقوق تورث عن اصحابها والتي منها حق الاختصاص الحاصل بالتحجير [2] .

ومما تقدم يتضح : ان توريث حق الاختصاص يختلف بحسب المورد فمنه ما يقبل التوريث ومنه لا يقبل ذلك . والضابط العقلائي يفيد : ان وجدت في ذي الحق خصوصية ترى بالنظر العقلائي انها مقومة للحق لم يجز اننتقاله بالارث وغيره أو غيره ممن لا يملك تلك الخصوصية . وان نفيت مقومية الخصوصية بالنظر العقلائي جاز [3] ، فان المورث ان كان واجدا لخصوصية ترى مقومة للحق فالوارث الفاقد لها لا يرثه ، ولا يعتبر متعلق الحق شركة بعد الوفاة ، والا اعتر تركة وورثه الوارث [4] .

والواقع ان النقل . بشكل عام . والارث سبحاجة الى مجموع امرين لو ثبتا معا ثبت النقل أو الارث وهما [5] :

الأول : ان لا تكون في الشخص الأول خصوصية مقومه للحق في نظر العقلاء مفقودة في الثاني .

الثاني : ان لا يكون الحق لقصره وضيقه غير قابل للانتقال ، ومثاله حق الاولوية الثابت لمن سبق الى الوقف .

فيقام الوارث مقام مورثه في أولوية بالأرض المحجرة معقول بلا مانع ، بخلاف حق القسم في الزوجات ، فان نقله من زوجة الى زوجة صحيح دون انتقاله بالارث [6] .

وعليه فان التحقيق في المعاوضة على حق الاختصاص بالسقوط و عدمة والنقل وعدمه وللانتقال بالارث وعدمه يتبع سائر الحقوق باتباع دليل ذلك الحكم ، ومناسبة الحكم

---

(1) منية الطالب : 286/3-287.

(2) ظ: مغني المحتاج : 367/2، ونهاية المحتاج : 246/4، وكشاف القناع :193/4، والمغني :154/6.

(3) المحقق الأصفهاني : حاشية المكاسب : 47/1.

(4) المصدر نفسه .

(5) ظ: السيد كاظم الحائري ، فقه العقود : 140/1.

(6) المحقق الأصفهاني ، حاشية المكاسب : 49/1-50.

وموضوعه، والمصالح والحكم المقتضية لذلك الحكم ، فمثل حق الولاية للحاكم والوصاية للوصي فنقله الى غيره غير معقول لفقد الخصوصية ، أو لوجود هذا الاعتبار له بنفسه من دون حاجة الى النقل، ولا يناسبه السقوط بالاسقاط . وما النقل فالحق وان اخذ في موضوعه عنوان من العناوين ، لكنه ربما يستفاد انه عنوان معرف ، ففي حق الشفعة فلا معنى لنقله لغير الشريك وكذا الرهانة، بخلاف حق الاختصاص الحاصل بالتحجير فانه ليس فيه شيء من الموانع المتقدمة[1].

المطلب الثالث : انتهاء حق الاختصاص

يختلف السبب في انتهاء حق الاختصاص تبعا لأختلاف المورد الذي يرد عليه،ويمكن بيان ذلك بالاتي :

اولا . المباحاث :

ينتهي حق الاختصاص الحاصل بالتحجير بأهمل العمارة وذلك بعد اهماله من الامام أو نائبه قال العلامة : ((ان اهمل عمارتها حتى زالت آثاره بطلت الأولوية وعادت الأرض مواتا ، ولو طال زمان الاهمال ولم يرفع الامر الى السلطان ولا خاطبه بشيء ، قيل : تبطل الأولوية ايضا ... وقيل لا تبطل ما لم يرفع الامر الى السلطان ويخاطبه بالترك)) [2].

وصرح جمع من الفقهاء بانه لو زالت أثار التحجير بسبب الاهمال فيزول حق الاختصاص والأولوية[3] .

---

[1] ظ: المحقق الأصفهاني ، حاشية المكاسب : 1/48-49.

[2] تذكرة الفقهاء : 2/411.

[3] ظ:الحقق الكركي،جامع المقاصد،والاردبيلي،مجمع الفائدة: 9/374، وكاشف الغطاء: 4/399،والسيد الخوئي،منهاج الصالحين : 2/156 مسألة 743.

وكذلك في المعدن الباطني الذي شرع في حفره ولم يبلغ بعد ، فان حق الاختصاص يرتفع بأهمال احيائه وتعطيل العمل فيه . قال المحقق الحلي : ((ولو حجرها – أي المعدن الباطني– وهو ان يعمل فيها عملا لا يبلغ به نيلها ، كان احق بها ولم يملكها ، ولو احمل اجبر على اتمام العمل ، أو رفع يده عنها . ولو ذكر عذرا انظره السلطان بقدر زواله ثم الزمه احدا الامرين)) [1] وكذا حافر البئر أو محيي الأرض للانتفاع به لا للتملك يزول حق اختصاصه في الانتفاع بمفازحته واعلان انصرافه عنها[2].

وكذلك الامر في حق الحاصل بالاقطاع فقد ذكر العلامة الحلي انتهاء حق الاختصاص باحمال المقطع اعمار ما قطع له وعدم احيائه ، قال : ((للامام ان يقطع أحاد الناس قطائع من الموات، وهو يفيد الاختصاص لا التملك ، فان أحياه المقطع ملكه بالاحياء ، والا كان اولى من غيره بالاقطاع ، ثم إن احياه ملكه والا كان للامام استرجاعه ، ولوطلب الإمهال لعذر أمهل بقدر زواله)) [3].

الا ان المحقق النجفي (قد) ناقش ما تقدم من انه ليس لاحد الاعتراض على المقطع له بتعطيله وان تمادى الزمان ، اذا كان الاقطاع على وجه يفيد تمليك المنفعة،الا ان ظهور الاتفاق يقتضي زواله الحق قال : ((لولا ظهور الاتفاق عليه هناك لأمكن اشكاله يتعلق الحق الذي يقتضي استصحابه عدم الزوال وان عطل...وحينئذ فلا بد من تنزيل الاقطاع المزبور على وجه الاختصاص والاحقية بالاحياء ، والا فلو فرض كونه على جهة التمليك جاز ان لم يكن اجماعا ، وليس لاحد حينئذ الاعتراض علي بتعطيله وان تمادى الزمان)) [4].

ثانيا . الموارد المخصصة للنفع العام

ينتهي حق الاختصاص الحاصل بالسبق الى مرفق من المرافق العامة بمفارقته له سواء كان ذلك نبية العودة ام لا ، ولكل من ذلك احكام[5].

---

[1] **شرائع الإسلام : 222/3 ، و ظ: قواعد الاحكام : 272/2، و ظ : تحرير الاحكام : 492/4.**

[2] **المصدر نفسه .**

[3] **تحرير الاحكام : 490/4.**

[4] **جواهر الكلام : 38/55–56.**

[5] **ظ: القواعد : 270/2، والمختلف : 235/2.**

ومـن وضــع أو بنــى شـيئا فــي فضــاء موضــع مخصـص للنفـع العـام بسـقط حـق اختصاصـه بالموضـع بانهدام[1] البنـاء ، (ومخلص كلامهم انـه انمـا يزول حقـه بـالاعراض عن إعادتـه لا بالهدم كالجالس فـي المكـان للأولويـة ... ؛ وظـاهرة ان غايـة مـا يلـزم الثـاني بكسر روشن الأول . مثلا . الاثم والضمان خاصة ، والا فان اولويته تزول بذلك)) [2].

قال الشيخ محمد حسن النجفي : ((لا يملك ذو الروشنى مثلا شيئا من الهواء،بل هو ملك المسلمين ، وانما له حق اختصاص ، فاذا زال حقه ، أو ان المسلمين انما لهم من حق الاسطراق ، فالفضاء والاسفل باق على الاباحة الاصلية ... وحينئذ فالمتجه ان للسابق حق اختصاص سبقه فمنى زال اثره زال حقه)) [3].

---

[1] ظ: المحقق الحلي ، شرائعه الإسلام : **382/1**.

[2] الشيخ يوسف البحراني ، الحدائق الناضرة : **117/21**.

[3] جواهر الكلام : **255/26-256**.

المبحث الرابع

الاختصاص الحاصل بزراعة الاعضاء(الترقيع الجلدي)

المطلب الأول:التعريف بزراعة الاعضاء(الترقيع)ومدىحق الانسان على جسمه:

اولا . تعريف زراعة الاعضاء (الترقيع) :

يراد بزرع الاعضاء أو الترقيع :

(ان يؤخذ عضو من اعضاء الانسان أو الحيوان ثم يوصل ببدن آخر بنحو من الاتجار الرائجة) [1].

أو هي : نقل عضو من انسان سوا كان حيا أو ميتا بفرض زرعه في انسان اخر حي)) سواء بنية المتاجرة أو لا [2].

ويبدوا ان التعريف الأول قد اخذ المجال الواسع في هذه العملية ؛ لان الترقيع والنقل يمكن ان يكون من انسان حي أو ميت أو من حيوان .

ثانيا- مدى حق الانسان على جسمه :

اختلف الفقهاء في مدى حق الانسان على جسمه ، والقدرة على التصرف في اعضائه ، وتكييف هذا الحق هل هو على نحو حق الملكية ام حق انتفاع ، واذا كان الحق على الحجم حق انتفاع فعلى أي اساس ينقل العضو للمستفيد ، وبيان ذلك في قولين ؟

القول الأول : ان حياة الانسان وجسمه ، وكافة ما تيصل بهذا الجهاز الادمي هي حق من حقوق الله تعالى ، وليس حقا من حقوق العبد ، فليس للانسان ان يتنازل عن حياته أو عن جزء من اجزائه ، وليس له ان يتصرف فيه باي تصرف ناقل للملكية معاوضا أو تبرعا ، فليس للانسان ولاية على هذا الجسم الا في حدود مارسمه الشرع وما اباحه واجازه له أو عليه[3].

فتبرع الانسان انما يجوز فيما يملكه ، والواقع ان جسد الانسان ملك الله تعالى ، فليس للانسان حق التصرف فيه ، فكما لا يجوز له ان يتصرف في نفسه (حياته)

---

[1] السيد محسن الخرازي ، بحوث مهمة في المكاسب المحرمة ، 301/2.

[2] د. اسامة السيد عبد السميع ، نقل وزراعة الاعضاء البشرية ، ص9.

[3] ظ: القرافي ، الفروق : 140/1 ، الفرق 22.

بالازهاق والقتل ، فكذلك لا يجوز له ان يتصرف في جزء من بدنه بما يعود عليه بالضرر [1]
.

ولما كان الانسان مملوكا لله في نشأته وتكوينه ووجوده وعدمه وان مالكه يتحكم فيه فالعقل يقتضي اذا عدم التعدي على ملكية المالك ، ومن ةالمعروف عقلا وحكما ان المالك لاي شي من امور الدنيا – ولله المثل الاعلى – لا يرضى ان يتعدى احد على ملكه ، لان من اسس الملك حصر الاختصاص في مالكه فاقتضى هذا انه لا يجوز للانسان ان يتصرف في جسده ، الا بما فيه مصلحته فان تصرف فيه بغير ذلك صار متعديا عليه[2] .

فان جسد الانسان ليس ملكا على الحقيقة ، وانما المالك له هو الله تعالى ، وليس الانسان الا امين على هذا الجسد ، ومأمور بان يتصرف في هذه الامانه بما يصلحها لا بما يفسدها ، فان تجاوز الانسان وتصرف في جسده بما يتعارض مع اصلاحه كان خائنا للامانة التي ائتمنه الله عليها[3].

القول الثاني : ان حياة الانسان وجسمه وكافة ما يتصل بهذا الجهاز الادمي من الحقوق المشتركة الذي يجمع بين حق الله وحق العبد مع تغليب حق الله على حق العبد ، قال الشاطي : ((ان نفس المكلف داخله في هذا الحق – أي الحق المشترك – اذ ليس للمكلف التسلط على نفسه ولا على عضو من اعضائه بالاتلاف)) [4].

هذا ويمكن ان يقال ان للانسان ولاية على جسده أو على اعضائه من الله تعالى فكل انسان ولي نفسه ، وله اختيار اموره ، وهذه الولاية امضاها الشارع ، قال تعالى:((ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِٱلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ)) [5] . والقاعدة العقلائية : (الناس مسلطون على اموالهم وانفسهم) [6] .

---

[1] الشيخ محمد متولي الشعراوي ، من الالف إلى الياء ، ص82.

[2] فضل الله ممتاز ، الفقه الإسلامي ، شبكة المعلومات :
w.w.w.islamFeqn.com

[3] الشيخ محمد سيد طنطاوي ، حكم بيع الإنسان العضو من اعضائه أو التبرع به ، بحث منشور بندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية ، ص309 ، الكويت 1407هـ – 1987م.

[4] الموافقات : 224/1.

[5] سورة الأحزاب : 6.

[6] السيد محسن الخرازي ، بحوث مهمة في المكاسب المحرمة : 328/2.

الا انه يمكن ان يقال : ان الاية ليس مشرعا وان افادت سلطنة الانسان على نفسه في الجملة ؛ لانها – أي الايه والقاعدة – تدلان على ان الناس مسلطون على اموالهم وانفسهم فيما يجوز لهم ارتكابه ، فموارد الجواز تحتاج الى بيان شرعي ، ولذا صرح الفقهاء بعدم جواز ضرب العبيد والاماء استنادا الى قاعدة السلطنة على الاموال ، فالقاعدة لا تدل بنفسها على جواز كل تصرف ومشروعية تقطيع الاعضاء اول الكلام[1] .

فالانسان وان كان مسلطا على نتفسه ، ولكنه لم يكن مالكا لاعضائه واجزائه[2].

ويمكن ان يقال : ان الجسم وان كان وديعة من الله تعالى ، فان الشرع جعل له نوع ولاية على جسده فقد مكن الله الانسان من الانتفاع به والتصرف فيه[3].

ويبدو مما تقدم ان الانسان له نحو من السلطنة على جسده واثبات جواز الترقيع أو النقل لا يتوقف على الملكية ، فان الانسان اولى بأعضاء بدنه ، كما ان له الأولوية والاختصاص ببعض الاعيان النجسه وان لم يكن بمالك لها ؛ فلا يسقط حقه على هذه الاعضاء[4] فاذا ثبت في هذه الاعضاء المقطوعة منفعة محلله يثبت الاختصاص فيها له . قال الشيخ كاشف الغطاء : ((وعدم الملك لا ينافي ثبوت الاختصاص في ماله منفعة محلله))[5].

وعليه فبعض اجزاء الجسد كالدم مثلا أو الجلد – اذا عد من الاعيان النجسة – أو الاعضاء المأخوذه من حيوان نجس العين كالكلب والخنزير ، أو بعض الاجزاء الوريدية المأخوذه منها فانها وان لم تكن قابلة للملك انه يمكن ان يثبت عليها حق الاختصاص لكون لها منفعة محلله .

المطلب الثاني : حكم الترقيع بالعضو الادمي الى ادمي

---

[1] **المصدر نفسه**

[2] **المصدر نفسه : 1/45-46.**

[3] **الشيخ يوسف القرضاوي ، زراعة الاعضاء ، ص42، دار الشروق ، ط1، 2010 القاهرة.**

[4] **محمد اصف المحسني ، الفقه والمسائل الطبية ، ص217.**

[5] **شرح القواعد : -/-.**

الترقيع أو الزرع من الادمي مرة يكون لاجل انتفاع الشخص نفسه حيث يتم قطع جلد من موضع من جسمه الى موضع اخر ، ومرة يكون من الانسان الحي نفسه الى انسان اخر ، ولكل من هاتين الصورتين حكم ، ويمكن بيانه وفق الاتي :

اولاً – الترقيع (زراعة عضو) من جسم الانسان نفسه :

نقل عضو من جسد الانسان الى ذات الجسد في موضع اخر غالبا ما يكون للضرورة ، مثل ما يجري في جراحة القلب والأوعية الدموية ، حيث يحتاج الطبيب الى استخدام طعم وريدي أو شرياني* لعلاج انسداد أو تمزق في الشرايين أو الاوردة ، ويكون انقاذ المريض من الهلاك بسبب هذا الانسداد أو التمزق متوقفا على زرع هذا الطعم المأخوذ من جسم المصاب نفسه[1].

والظاهر ان الزرع والترقيع من جسد الانسان الى موضع اخر منه لا اشكال فيه ولا سيما اذا غلب ظن الطبيب ان النفع المتوقع منها ارجح من الضرر المترتب عليها ،فلا اشكال في جواز الترقيع أو وجوبه على الطبيب عند توقف حفظ الحياة على ذلك .

ثانيا – الترقيع (زراعة العضو) من انسان الى انسان آخر :

لمعرفة تفاصيل هذه المسالة لا بد من التمييز بين نقل العضو من انسان حي الى انسان اخر ، وبين نقله من انسان ميت الى انسان حي ، وعليه يمكن بيانه بالاتي :

1- الترقيع من انسان حي الى انسان حي :

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم نقل جزء من انسان حي الى اخر بين مانع للنقل مطلقا وبين مجيز ويمكن بيان ذلك بالاتجاهين الاتين :

الاتجاه الأول : جواز الترقيع أو النقل :

*** الطعم الوريدي : هو ما يستخدم لتقوية وتدعيم الاجزاء المتهتكة من الاوردة أو الشرايين ، فقد يحتاج الطبيب إلى اخذ اوردة أو شرايين سليمة ليسوي بها الاوردة والشرايين التالفة ومثل ذلك أيضا ما يستخدم من الجلد لعلاج الاجزاء المحترقة والمتهتكة منه (ظ :**

[1] د. محمد الشنقيطي احكام اجراحة الطبية والاثار المترتبة عليها ، ص335.

يرى السيد الخوئي جواز نقل العضو من انسان حي الى اخر ، الا انه فصل فيما اذا كان من الأعضاء الرئيسة أو لا وأجاز كذلك أخذ المال لهذا التبرع . قال : ((هل يجوز قطع عضو من أعضاء انسان حي للترقيع أذا رضي به ؟ فيه تفصيل : فان كان من الأعضاء الرئيسة للبدن كالعين واليد والرجل وما شاكلها لم يجز ، واما اذا كان من قبيل قطعة جلد أو لحم فلا باس به، وهل يجوز له اخذ مال لقاء ذلك ؟ الظاهر الجواز))[1].

اذن جواز نقل العضو من الأنسان الحي الى حي اخر ان لم يكن العضو من الأعضاء الرئيسة .

وقال السيد السيستاني : ((تبرع الحي ببعض اجزاء جسمه لالحاقه ببدن غيره لا باس به ، اذا لم يكن يلحق به ضررا بليغا كما في التبرع بالكلية لمن لديه كلية اخرى سليمة))[2].

ووافقهم الشيخ اسحاق الفياض في ان التبرع بالعضو غير الرئيس لانسان اخر جائزا لكن اذا توقف انقاذ حياة الانسان فيجوز نقل العضو نحوها تبرعا هبة أو معوضة مطلقا فان توقف انقاذ حياة انسان على ذلك النقل صار واجبا كفائيا أو عينيا شريطة ان لا يكون النقل ضررياً بل بدرجة غير قابلة للتحمل عادة ، ولا يتسبب له . الاخطار الجسيمة في المستقبل[3] .

الاتجاه الثاني – عدم الجواز :

ذهب الشيخ جواد التبريزي الى تحريم بذل العضو في غير حاله توقف حياة شخص اخر عليه وجزم بذلك من دون تفريق بين كون العضو من الأعضاء الرئيسة أو لا .

---

[1] منهاج الصالحين : 426/1 مسألة 40 (المسائل المستحدثة) .

[2] الفقه للمغتربين ، ص255، مسألة 364.

[3] المسائل المستحدثة : ص181.

قال : ((كل ما يعد ضلما للنفس وجناية عليها أو على اطرافها غير جائز ، ولا فرق في ذلك بين كون العضو رئيسيا أو غيره)) [1].

وبعد توجيه سوأل نصه : هل يجوز للانسان ان يتبرع الى أخيه المؤمن باحدى عينيه أو احدى كليتيه أو بعض اعضاء جسمه التي يمكن الاستغناء عنها ؟

قال : ((لا فرق في عدم الجواز بين احدى الكليتين أو أحدى العينين فان كلا منهما يعد جناية وظلما للنفس)) [2].

اما المذاهب الإسلامية الاخرى فاكثرهم على اجماع المتقدمين منهم على جواز قطع جزء من جسم انسان حي ليأكل منه.

فقد قال ابن نجيم : ((ولا ياكل الانسان طعام مضطر اخر ولا شيئا من بدنه)) [3] .

وقال الشاطبي : ((ان احياء النفوس وكمال العقول والاجسام من حق الله ... فاذا اكمل الله على عبد حياته وجسمه وعقله التي يقيم التكاليف فلا يصح للعبد اسقاط شيء منها من حق الله وما كان من حق الله فلا حيرة فيه للمكلف)) [4].

يبدو ان القول بالجواز في الاساس رغم انه لا يحتاج الى دليل لا صالة الاباحة الا انهم عززوه بادلة قاعدة السلطنة ، ولان اصالة البراءة العقلية والشرعية كافيتان في اثبات المطلوب . والبراءة الشرعية ثابته مقتضى النصوص الدينية القرانية وغيرها[5] . والتي منها . قوله (عليه السلام) : ((كل شيء لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه)) [6]، وحيث انه لم يرد دليل تفصيلي على الحرمة فبقي العموم على عمومه .

2. نقل العضو (الترقيع) من انسان ميت الى حي :

قبل التعرف على حكم الترقيع بالعضو المأخوذ من الميت ينبغي معرفة الحكم الفقهي الخاص بطهارة جسد الانسان بعد موته هل هو نجس كسائر الميتات ؟ ام له حكم خاص

---

[1] **صراط النجاة : 306/2 مسألة 960.**
[2] **صراط النجاة : 307/2، مسألة ، 962.**
[3] **الأشباه والنظائر : ص87.**
[4] **الموافقات : 322/2.**
[5] **ظ: الشيخ مالك مصطفى وهبي العاملي ، قضايا فقهية معاصرة ، ص89.**
[6] **الكليني ، الكافي : 313/5.**

وهل ما انفصل عنه حال حياته يعامل معاملة الميتة كذلك ؟ هناك اقوال يمكن ان تورد اجمالا :

يرى الامامية ان ميتة الادمي نجسه بلاخلاف[1] وادعي على ذلك الاجماع في الخلاف[2] والمنتهى[3] والتذكرة[4] والجواهر[5] .

اما بعد تغسيله فيكون طاهرا وهنا ايضا ادعى عليه الاجماع ، قال المحقق النجفي : ((لا نجاسة بعد تضيله قطعا واجماعا)) [6].

اما الشافعية فقد قال النووي : ((ان الصحيح في المذهب : ان الادمي لا يتجنس بالموت لكن لا يستعمل جلده ولا شيء من اجزائه بعد الموت لحرمته وكرامته ، وان كان هناك قول ضعيف في المذهب : بنجاسة الادمي بالموت)) [7].

وعند الاحناف فان الادمي ينجس بالموت ، ثم اختل فقهاء المذهب هل هي نجاسة خبث باعتباره حيوانا دمويا فيتنجس كسائر الحيوانات أو هي نجاسة حدث يطهر بالغسل كالجنب والحائض ، ويبدو انهم اختاروا الثاني [8]واستندوا في ذلك على رواية عن ابي هريرة هريرة : ((سبحانه الله المؤمن لا ينجس حيا ولا ميتا)) [9] .

وكذلك رواية عن ابن عباس قال : ((لا تنجسوا موتاكم فان المؤمن ليس ينجس حيا ولاميتا)) [10].

اما المالكية : فان الادمي الميت ولو كافرا فهو طاهر ، وما انفصل منه حيا أو ميتا فهو طاهر كذلك[11].

---

[1] **الشيخ الطوسي : المبسوط ، 37/1، ابن سعيد ، الجامع للشرائع ، ص22، العلامة الحلي ، القواعد 7/1،الشهيد الأول ، الدروس : 16/1، جواهر الكلام : 305/5.**

[2] **الطوسي ، الخلاف : 420/1.**

[3] **العلامة الحلي : منتهى المطلب : 164/1.**

[4] **العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء :7/1.**

[5] **الشيخ محمد حسن النجفي ، والجواهر : 305/5.**

[6] **المصدر نفسه : 216/5-611.**

[7] **المجموع شرح المهذب : 216/1.**

[8] **فتح القدير : 329/3.**

[9] **الحاكم ، المستدرك : 452/3، حديث رقم (1373).**

[10] **الحاكم ، المستدرك : 452/3.**

[11] **ظ: حاشية الدسوقي : 166/1.**

وعند الحنابلة : ان الآدمي طاهر حيا وميتا ، وانه ينجس بالموت ويطهر بالغسل [1].

وعند الزيدية ان الإنسان طاهر بعد الموت وما يلحق به الحدث الأصغر أو الأكبر [2].

وعند الظاهرية الحكم ذاته [3].

ومما تقدم يتبين ان جسد الإنسان عند الامامية والحنفية نجسه بعد الموت وتكون طاهرة بعد غسل الميت . واما الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية والظاهرية فان الحكم عندهم طهارة جسد حيا كان أو ميتا . واذا ما تبين لنا وذلك فان طهارة جسد الإنسان عند المذاهب الإسلامية حاصلة سوا كان ذلك قبل التغسيل عند من ذهب اليه أو بعده عند الامامية والاحناف.

واذا ما تم ذلك فينبغي معرفة حكم اخذ العضو من الميت وزرعة في الإنسان لحي ويمكن بيان ذلك بالاتي :

. الامامية :

بحث فقهاء الإمامية المعاصرون مسألة الترقيع من جسم الإنسان الميت فقال بعضهم بالجواز ولاسيما اذا كان لحفظ حياه مسلم ، وذهب اخرون الى عدم الجواز الا في حال الضرورة لحفظ حياة مسلم ولكن تترتب الديه على ذلك ، واما اذا كان من جسد غير المسلم فهو جائر. ويمكن بيان ذلك الاتجاهين الاتين :

---

[1] **المغني : 69/1.**

[2] **ابن المرتضى ، شرح الأزهار : 38/1.**

[3] **ابن حزم ، المحلى : 155/1.**

الاتجاه الأول : عدم الجواز الا في الضرورة مع ترتب الدية :

قال السيد الخوئي : ((لا يجوز قطع عضو من اعضاء الميت المسلم كعينه و نحو ذلك لالحاقه ببدن الحي . فلو قطع فعليه الدية . نعم لو توقف حفظوا حياة مسلم على ذلك جاز ، ولكن على القاطع الدية ، ولو قطع وارتكب هذا المحرم فهل يجوز الالحاق بعده ؟ الظاهر جوازه ، وتترتب عليه بعد الالحاق احكام بن الحي نظرا الى انه اصبح جزاء له)) [1].

وبهذا قال السيد السستاني[2] .

الا انه لم يستبعد دفن الجزء المبان بعد القطع مع عدم توقف حفظ الحياة ، قال : ((لا يجوز قطع عضو من اعضاء الميت المسلم كعينة أو نحوها لا لحاقه ببدن الحي،فلو قطع الدية وهل يجوز الالحاق بعد القطع أو يجب دفن الجزء المبان ؟ لا يبعد الثاني . نعم ، لا يجب قطعه بعد الالحاق وحلول الحياة فيه)) [3].

واما مع عدم توقف حفظوا الحياة بل توقف حفظ حياة العضو فقد استظهر السيد السيستاني عدم الجواز قال : ((هل يجوز قطع جزء من الميت المسلم لالحاقه ببدن الحي اذا كانت حياة عضوه متوقفة عليه ؟ الظاهر عدم الجواز)) [4].

وقال الشيخ جواد التبريزي بعدم جواز نقل العضو من المسلم الميت مطلقاً بعد السؤال : في حالة وجود شخص وشخص اخر مريض ، يواجه الموت بسبب فشل في احد اعضائه الرئيسة مثل القلب ، فهل يجوز أو يجب نقل العضو المطلوب من الميت الى المريض ؟ قال : ((لا يجوز ذلك ، الا اذا كان الميت غير مسلم)) [5].

الاتجاه الثاني : الجواز :

يرى السيد محمد صادق الروحاني بجواز قطع عضو من أعضاء الميت ولا تجب الدية، قال : ((يجوز قطع عضو من أعضاء الميت المسلم كعينة ، أو نحو ذلك لا لحاقة

---

[1] **منهاج الصالحين : 426/1 مسألة 39.**

[2] **ظ: منهاج الصالحين : 45/1 مسألة 9.**

[3] **منهاج الصالحين : 48/1، مسألة (58).**

[4] **المصدر نفسه ، مسألة (60).**

[5] **صراط النجاة : 553/2 مسألة (1717).**

ببدن الحي فيما لو توقف عليه حفظ حياة عضو من أعضاء الحي ، ولاسيما العضو الرئيسي ، أو حفظ حياة المسلم ، ولا تجب الدية في مورد الجواز)) [1].

وأجاز الشيخ محمد إسحاق الفياض نقل العضو من الميت ، قال : ((نعم يجوز في الأعضاء غير الرئيسية التي لا يوجب نقلها من الميت إلى الحي تشويه الميت ومثلثه ، والا لم يجز ، واما التبرع بها جائز في نفسه ، نعم لو توقف إنقاذ حياة إنسان اخر وجب)) [2].

فالجواز هنا يتحصل لو توقف حياة الإنسان بل حياة العضو ، مع تحقق المثلثة .

ورأى كثير من الفقهاء جواز القطع اذا كان الميت كافرا غير محقون الدم[3].

واستدل على جواز اخذ عضو من المسلم الميت برواية عن زرارة عن ابي عبد الله الصادق (عليه السلام) قال : سأله أبي وأنا حاضر عن الرجل يسقط سنة فيأخذ سن إنسان ميت فيجعله مكانه قال : لا بأس)) [4].

ووجه الدلالة : إلغاء الخصوصية بالسن حيث يثبت في جمع الاعضاء ، قال السيد محمد صادق الروحاني : ((انه صريح – أي الخبر المتقدم . في جواز اخذ السن من الميت وجعله مكان سنة ، وبضميمة إلغاء الخصوصية يثبت هذا الحكم في جميع الأعضاء)) [5].
[5].

ومما تقدم يتبين : ان الفقهاء المعاصرين من الإمامية يأخذون بجواز زرع العضو من الميت إلى الحي سوا كان لحفظ حياة مسلم وكما قال به اصحاب الاتجاه الأول . مع وجوب الدية ، أو لحفظ حياة العضو في الحي أو لغير ذلك . فما قال به الاتجاه الثاني .

. المذاهب الإسلامية الاخرى :

---

[1] منهاج الصالحين : 508/3، مسألة (4832).

[2] المسائل المستحدثة : ص182.

[3] السيد الخميني ، تحرير الوسيلة : 624/2 مسألة : (6) ، والسيد السيستاني ، منهاج الصالحين : 459/1 ، مسألة (64) ، الروحاني ، منهاج الصالحين : 509/3 مسألة (4837) والتبريزي ، صراط النجاة : 2/- ، مسألة (1717) ، والفياض ، المسائل المستحدثة : 183.

[4] الوسائل : 403/4 حديث رقم (5579).

[5] المسائل المستحدثة : ص123.

بنى فقهاء المذاهب الإسلامية حكم اخذ عضو من الميت إلى الحي على مسألة شق بطن الحامل والحكم فيها وافتوا في ضوء ذلك ، قياسا على الحكم نفسه[1] ؛ لانهم يرون وحدة الملاك ولهم في ذلك اتجاهين :

الاتجاه الأول : جواز شق بطن الحامل اذا ماتت وجنينها حي :

واليه ذهب الشافعية فقد قالوا : ان ماتت امرأة وفي جوفها جنين حي شق بطنها ؛ لانه استبقاء حي بإتلاف جزء من الميت ، فا شبه اذا رجى حياة الجنين بعد إخراجه ، اما اذا لم ترج حياته ففي قول لا تشق بطنها ولا تدفن حتى يموت ، وفي قول تشق ويخرج[2].

وذهب إلى هذا الاتجاه الأحناف حيث قالوا : لو ماتت حامل وولدها حي يضطرب ، شق بطنها من الجانب الأيسر ويخرج ولدها ، ولو بالعكس بان مات الولد في بطن امه وهي حية قطع واخرج)) .... [3]

وذهب الزيدية إلى هذا الاتجاه ايضا مستدلين بقوله تعالى :

((وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا)) [4] ؛ وذلك بشرائط ان يكون الولد قد بلغ وقتا ومدة يعيش اذا خرج حيا ، وان يكون الشاق بصيرا بإخراجه وان يكون هناك من يكلفه ويقوم به اذا خرج حيا[5] .

الاتجاه الثاني : عدم جواز شق بطن الحامل اذا ماتت وجنينها حي :

وذهب إلى هذا المالكية حيث قالوا : انه يشق بطن الميت لأستخراج المال الذي ابتلعه حيا سوا كان المال له أو لغيره ولا يشق لا خراج جنين وان كانت حياته مرجوة [6].

وكذلك ذهب الحنابلة حيث يرون : ان المرأة اذا ماتت وفي بطنها ولد يتحرك فلا يشق بطنها القوابل من المحل المعتاد [7].

---

[1] مجلة الحقوق ، العدد ، حكم تشريع الإنسان د. عبد العزيز خليفة القصار ، ص270.

[2] روضة الطالبين : 194/1 ، والبنى المطالب ، 364 والتهذيب : 251/1والمجموع شرح التهذيب : 301/5.

[3] الدر المختار : 258/2 و ظ : رد المحتار : 384/6 وبدائع الصنائع : 130/5.

[4] سورة المائدة : 32.

[5] مسند زيد : 158/1، والبحر الزخار : 495/11.

[6] نهاية المحتاج : 39/3، وحاشية الخرشي على مختصر خليل : 145/2.

[7] المغني : 49/5.

وفي ضوء ما تقدم افتى شيخ الأزهر جاد الحق علي جاد الحق *(ت 1417هـ – 1996م) بجواز اخذ عضو من الميت وزراعته في الحي تخريجا وقياسا على جواز شق بطن الحامل واستخراج جنينها الذي ذهب إليه فقهاء الشافعية والاحناف حيث قال : ((الذي اختار ما ذهب اليه فقهاء الحنفية والشافعية في جواز شق بطن الميت لمصلجة راجحة سوا كانت لأستخراج جنين حي أو مال للميت أو لغيره ... وتخرجا على ذلك وبناء عليه يجوز شق بطن الإنسان الميت واخذ عضو منه أو جزء من عضو لنقله إلى جسم إنسان حي اخر يغلب على ظن الطبيب استفادة هذا بالجزء المقتول له ، رعاية للمصلحة)) [1].

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على اخذ العضو

هناك جملة من الأحكام المترتبة على اخذ العضو سوا كان ذلك في مورد الجواز أو الحرمة ومن هذه الأحكام حكم اخذ المال ازاء العضو المقطوع ، وعليه يمكن بيان ذلك .

أولا . الإمامية :

قطع الأعضاء والتنفيص لا يقابله شيء ، وانما المقابلة والمعاوضة لو صحت كانت في ازاء الأعضاء المقطوعة ، هذا مضافاً إلى ان الأعضاء قبل الابانة ليست بمال ولا تصلح للمقابلة والمعاوضة ، بل بعد قطعها لا تصلح للمعاملة شرعا ، وان اعتبر لها المالية ؛ لكونها بعد الا بانه من النجاسات الذاتية ، وهي مسلوبة المالية شرعا ولو كانت لها فائدة عقلائية ، كما في في بيع الأعيان النجسة [2].

والمعلوم ان الأعيان النجسة لا مالية لها ، والمال المبذل بأزائها هو قبال حق الاختصاص الثابت لوجود منفعه محللة فيها : قال الشيخ الانصاري بعد ذكره الأحكام بيع الأعيان النجسة : ((والظاهر ثبوت حق الاختصاص في هذه الامور الناشئ اما عن الحيازه واما عن كون اصلها مالا للمالك كما لومات حيوان له ، أو فسد لحم اشتراه للاكل على وجه خرج عن المالية . والظاهرة جواز المصالحة على هذا الحق بلا عوض ، بناء على صحة

*** الشيخ جاد الحق علي جاد الحق : عين مفتياً لمصر عام 1978 ووزيرا للاوقاف 1982 وفي السابع عشر من مارس 1982 عين شيخاً للازهر ، توفي عام 1996 (ظ: شيوخ الازهر :14/6).**

[1] مجلة الازهر ، الجزء العاشر ، السنة 55، ص1382–1383 .

[2] السيد محسن الخرازي ، البحوث الهامة في المكاسب المحرمة : 323/2.

هذا الصلح ، بل ومع العوض ؛ بناء على انه لا يعد ثمنا لنفس العين حتى يكون سحتا بمقتضى الاخبار)) [1].

والاخبار التي أشار اليها الشيخ الانصاري استدل بها القائلون بان ثمن الميتة سحت وهي.

رواية السكوني عن أبي عبد الله الصادق (عليه السلام) : ((السحت ثمن الميتة)) [2] ولا وجه للخدش في سندها أو ليس في سنده من يمكن القول بعدم حجية خبره سوى النوفلي ، والسكوني، وهما ثقتان على الأظهر [3].

الا انه يمكن ان يقال : ((ان ادلة حرمة بيع الميتة ناضرة إلى ما ليس فيه منفعة محلله مقصودة ، نظير بيع اللحوم في السابق ، حيث لم تكن لها منافع محللة معتد بها في ذلك الوقت، اما في عصرنا فتعد مما يترتب عليها اهم المنافع الحياتية المحللة . فيجوز بيع الكلى والجلود والعظام من الاحياء والاموات ،فان منافعها كانت نادرة في السابقة ، اما اليوم فتعد منافعها غالبة مقصودة ، فلا يقاس احدهما بالاخر)) [4].

وقد يعترض عليه بان الميتة وان كانت لها منافع محللة غالبة الا ان حرمة بيعها ثابت ومنهي عنه كما في رواية البزنطي عن الإمام الرضا ((عليه السلام)) بخصوص اليات الغنم ، قال : ((سألت أبالحسن (عليه السلام) فقلت : جعلت فداك ، ان أهل الجبل تثقل عندهم إليات الغنم فيقطعونها . قال : حرام ، قلت جعلت فداك ، فنصطبح بها ؟ فقال:اما عملت انه يصيب اليد والثوب وهو حرام)) [5].

فهذا النص وان اختص بالغنم الا انه يثبت في غير الغنم وفي المبان من الميت بعد الفصل[6] الا انه يمكن ان يقال : هذا التحريم لأجل منع المشتري من الانتفاع بأكلها مثلا ، ولكن الامر ليس كذلك فيما نحن فيه ، ولعل مجرد هذا الاحتمال كان كافيا في انصراف روايات الباب عن مثل بيع أعضاء الإنسان وشبهها . هذا ولكن بمقتضى الاحتياط ان يؤخذ

---

[1] **كتاب المكاسب : 106/1 تراث الشيخ الاعظم.**

[2] **الوسائل : 87/17، حديث رقم (22061).**

[3] **السيد محمد صادق الروحاني ، المسائل المستحدثة ، ص125.**

[4] **الشيخ ناصر مكارم الشيرازي ، بحوث فقهية هامة : 330.**

[5] **الوسائل : 359/16، الباب الثالث من الذبائح ، الحديث الثاني.**

[6] **السيد صادق الروحاني ، المسائل المستحدثة ، ص125.**

الثمن في مقابل اخذ هذه الأعضاء من بدنه اذا كان حيا ، لا في مقابل نفس هذه الأعضاء ليرد الأشكال عليه)) [1].

هذا وقد يقال : ((ان اخذ المال ليس عوضا عن تلك المنفعة المنهي عنها كي يكون اكلا للمال بالباطل بعد أعدام ماليتها من قبل الشارع ، بل أخذ المال هو مقابل حق الاختصاص أو مقابل رفع اليد عن ذلك الشيء الذي يكون الأخذ للمال اولى به)) [2].

وفيه : ان حق الاختصاص ليس الا شعبة من الملكية ، بل في مثل هذه الموارد هو تمام الملكية ؛ لان المالية التي يقابل بها هي عين مالية الملك فليس في البين الا تغيير الالفاظ وكذلك الحال بالنسبة إلى رفع اليد كناية عن السلطنة والملكية ، والا فلو كان وضع اليد عبارة عن ممانعة تكوينية صرفة من دون أي حق لصاحب اليد في الشيء لكان بذل المال في مقابل الباطل بعد عدم استحقاق ذي اليد وعدم جواز ممانعته من انتفاع الغير به [3].

ويبدو للباحث : ان اخذ المال في هذا المورد مقابل حق الاختصاص ورفع اليد عن العضو، ولاسيما اذا قيل ان العضو المقطوع ليس من مصاديق الملكية التامة والسلطنة الصرفة للانسان على الاشياء ، وهذا ما يكشف عن العمق التشريعي للفقه الاسلامي الذي احذ بنظرية حق الاختصاص التي تكون مصداقاً للمراتب المتزلزلة بين الملك التام والناقص ، فانعدام الملكية – التي هي سلطنة تامة – لا ينعدم معها المراتب الدنيا من السلطنة والتي منها حق الاختصاص ؛ (لان الولاية التي جعلها الله سبحانه وتعالى للانسان على نفسه وحقه في الانتفاع بهذه الأعضاء وأولويته تجعله قادرا على تنازله عن هذا الحق في مقابل المال) [4].

ثانيا – المذاهب الإسلامية الاخرى :

اختلف السبب في حكم بيع الأعضاء والتي منها الآدمي – عند المذاهب الإسلامية . فقد ذهب الاحناف ان علة التحريم يرجع إلى معنى التكريم الذي خص الله تعالى به الإنسان

---

[1] الشيخ ناصر مكارم الشيرازي ، بحوث فقهية هامة ، ص330.

[2] الشيخ محمد سند ، فقه الطب التضخم النقدي ، ص67.

[3] ظ: الشيخ محمد سند ، فقه الطب ، 67–68.

[4] الشيخ حسن الجواهري ، بحوث في الفقه المعاصر : 350/2.

، وقاسوا كل جزء من اجزائه على ذاته ، ولذلك لم يستثنوا أي جزء من اجزائه من بطلان البيع وان امكن الانتفاع به في وجه من وجوه الانتفاع [1].

وذهب المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إلى ان سبب حرمة بيع الأعضاء هي انها اذا قطعت وفصلت عن جسد الإنسان صارت عديمة النفع ، وصار من غير الممكن الانتفاع بها باسلوب بيعه . فلا يمكن اعتبارها مالا ؛ لان الشيء لا يعتبر مالا اذا كان مما لا ينتفع به حقيقة، ومباحا الانتفاع به شرعا لغير ضرورة في وجه من الوجوه الا انهم لما وجودوا بعض اجزاء الآدمي يمكن الانتفاع بها قالوا بجوازها[5] .

قال ابن قدامه : ((وانما حرم بيع الحر ؛ لانه ليس بمملوك ، و محرم بيع العضو المقطوع منه ؛ لانه لا نفع فيه)) [6].

فهو يعتبر ان المناط في تحريم عدم وجود الانتفاع ، ولذلك علق الشيخ محمد رشيد رضا عليه بقوله : ((مفهومه انه يجوز بيعه اذا انتفع به ، وهذا حاصل في عصرنا في الجلد تسلخ منه ويرقع بها البدن وفي غير ذلك)) [7].

المطلب الرابع : التبرع بالدم وبيعه

في ايامنا هذه اصبح التبرع بالدم عملا انسانيا ؛ لانه يساهم في إنقاذ حياة آلاف المرضى الذين يكونون بأمس الحاجة لنقل الدم ، والحقيقة ان واحدا من كل عشرة مرضى يدخلون المستشفى في حاجة إلى نقل الدم خصوصا المرضى الذين يعانون من الامراض الخبيثة أو المستعصية واثناء العمليات الجراحية الكبرى[8] .

---

[1] ظ: المرغيناني ، الهداية : 24/3، والكاساني ، بدائع الصنائع ، 138/5-145، وحاشية بن عابدين : 162/4، والفتاوى الهندية :115/3.

[2] القرافي ، الفروق وتهذيب الفروق : 240/3-241، و ظ : بداية المجتهد : 138/2.

[3] روضة الطالبين : 353/3.

[4] المغني : 10/4.

[5] ظ: الكاساني ، بدائع الصنائع : 142/5، و ظ: القرافي الفروق : 240/3و ظ : ابن قدامة ، المغني :304/4 .

[6] المغني : 304/4.

[7] هامش المغني : 304/4 عن مجلة الحقوق العدد ( ) ، ص353.

[8] د. خالد سعد النجار ، التبرع بالدم :www.alaaei.com

ومن المعلوم ان التبرع بالدم عملية يقصد منها مساعدة المريض المتبرع له،ولكن ما يجهله الكثير من الناس ان التبرع بالدم في حد ذاته له منافع جمة على المتبرع ايضا ، فبالنسبة للانسان السليم يعمل التبرع بالدم على تجديد الدم وتجديد حيوية ونشاط الجسم ، اما بالنسبة للانسان المريض فانه يعتبر العلاج الانسب لبعض الحالات المرضية كحالات النزيف المستعصية ، فبعد التبرع بالدم يسترجع المرء البلازما في 24 ساعة ، والكريات الحمراء في ثلاثت اسابيع والصفائح بعد سبعة ايام [1].

وبعد معرفة مدى الانتفاع الناتج من هذه العملية ينبغي تحصيل الرؤية الفقهية للتبرع بالدم وبيعه .

فقد قسم الفقهاء الدم إلى قسمين : الدم الطاهر والدم النجس واختلفت الاحكام ازاء كل قسم فقد قال فقهاء الإمامية بحرمة المعاوضة على الدم النجس بلا خلاف وقيل بالاجماع عليه[2].

وكذلك عند الاحناف[3] والمالكية[4] والشافعية[5] ، والحنابلة[6] .

واما بيع الدم الطاهر فقد راى العلامة الحلي عدم جواز بيعة ؛ لاستخباثه[7].

وقال الشيخ الانصاري : (واما بيع الدم الطاهر اذا كانت له منفعة محللة كالصبغ – لو قلنا بجوازه – ففي جوازه وجهان اقواهما الجواز ؛ لانها عين طاهرة ينتفع بها منفعة محلله)[8].

واستدل على حرمة البيع بمرفوعة الواسطي ، قال : ((مر امير المؤمنين (عليه السلام) بالقصابين فنهاهم عن بيع سبعة اشياء من الشاة نهاهم عن بيع الدم والغدد وأذان الفواد ....))[1].

---

(1) المصدر نفسه.

(2) العلامة الحلي ، نهاية الاحكام : 463/2، و ظ : فخر الدين ، التنقيح : 5/2، و ظ : رياض المسائل : 130/8، جواهر الكلام : 17/22.

(3) ابن الهمام ، شرح فتح القدير : 186/5.

(4) ابن رشد ، بداية المجتهد : 152/2.

(5) مغني المحتاج : 16/2.

(6) البهوتي ، كشاف القناع : 139/3-166.

(7) التذكرة : 464/1.

(8) المكاسب : 28/1.

وعلق الشيخ الاعظم بقوله : ((واما مرفوعة الواسطي .... فالظاهر ارادة حرمة البيع للاكل ولا شك في تحريمه ؛ لما سيجئ من ان قصد المنفعة المحرمة في البيع موجب لحرمة البيع بل بطلانه) [2].

وقال السيد الخوئي : ((ان المراد من تحريم الدم في الكتاب و السنة انما هو تحريم اكله وقد عرفت مرارا انه لا ملازمة بينه و بين حرمة الثمن) [3].

وقال السيد الروحاني بجواز ايقاع المعالمة على الدم بنحو الصلح قال : ((ان للمنع عن عدم جواز بيعه مجالا واسعا ، فان الخبر ضعيف السند – أي خبر الواسطي – واستناد الاصحاب اليه غير ثابت و مجرد الموافقة في الفتوى لا يجدي في الجبر ، مع ان امير المؤمنين (عليه السلام) انما نهى القصابين عن بيعه ، ولم ينه عن بيع الدم مطلقا ، والدم في ذلك الزمان لم يكن له هذه المنفعة العظيمة ، لا سيما دم الشاة فالنعدي قياس مع الفارق . اضف إلى ذلك اختصاص الدليل بالبيع ، وعدم شموله للصلح مثلا فالاظهر جواز ايقاع المعاملة عليه ، سيما بنحو الصلح)[4]، ويقتصر عن بيعه للترزيق الذي تعارف في عصورنا ؛ لعدم معهوديته في تلك العصور ، وعدم كون الصالح منه لذلك مورد ابتلاء القصابين [5].

ويجوز عن الاحناف[6] ، وأجاز الشافعية نقل الدم وبذل المال للحصول عليه اذا كان مضطرا ، أو على نحو المعاوضة نضير رفع اليد عن الاختصاص[7].

ومما تقدم يتبين جواز التبرع بالدم وبذل المال بازائه ؛ لان (المحرم هو البيع على نفس الدم ، واما المصالحة عليه أو على حق الاختصاص أو رفع اليد عنه دليل على المنع فيما اذا كان للدم منافع شائعة) [8].

---

[1] وسائل الشيعة : 171/24 باب مايحرم من الذبيحة حديث (2).

[2] المكاسب : 28/1.

[3] مصباح الفقاهة : 79/1-80.

[4] المسائل المستحدثة : ص128.

[5] السيد محمد سعيد الحكيم ، مصباح المنهاج : 40/1.

[6] ابن عابدين ، رد المحتار ، 228/5، الفتاوى الهندية : -/- .

[7] مغني المحتاج : 449/3، روضة الطالبين : 194/5-195.

[8] السيد محسن الخرازي ، البحوث الهامة في المكاسب المحرمة : 45/1.

وقد جاء في فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الاسلامي جواز اعطاء المال ازاء التبرع بالدم على نحو الهبة أو المكافأة لا على نحو البيع ، قال : ((لا مانع من اعطاء المال على سبيل الهبة أو المكافأة تشجيعا على القيام بهذا العمل الانساني الخيري لانه يكون من باب التبرعات لا من باب المعاوضات)) [1].

ومن كل ما تقدم يتبين ان بذل المال ازاء التبرع ما هو الا عن رفع اليد عن حق الاختصاص .

المطلب الخامس : نقل العضو (الترقيع) من الحيوان

نقل عضو من حيوان إلى جسم الإنسان من سن أو عظم أو سائر اعضائه كالقلب أو الكبد أو الكلى وغير ذلك مما سيصبح بتطور علم الطب ممكننا ، الا اننا لا بد ان نفرق بين قسمين من الحيوانات ، فمنها ما هو طاهر مأكول اللحم بالتذكية ، وحيوانات اخرى نجسة سوا كانت مأكولة اللحم لكنها غير مذكاة أو غير مأكولة اللحم ، كالخنزير لا تنفع معها التذكية ، ولكل منها حكم :

أولا – حكم الانتفاع بأعضاء حيوان طاهر مأكول اللحم :

الانتفاع بالحيوان مأكول اللحم بقطع عضو منه يتوقف على طهارة هذا العضو أو عدمها.

فعند الإمامية : كل ما ينجس من الحيوان بالموت فهو نجس حيا كان المقطوع منه أو ميتا بلا خلاف [2].

اما الاجزاء التي لا تحلها الحياة مما ينجس بالموت كالعظم والقرن والسن والمنقار والشعر والصوف والوبر والريش فهو طاهر ولا ينجس بالموت اتفاقا[3].

---

[1] **الدورة 11، المنعقدة في الفترة 13–20 رجب 1409هـ الموافق 19–26 شباط ، 1989.**

[2] **المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : 41/1و ظ : معالم الدين : الطهارة ، 233، والحدائق الناظرة : 72/5، ومدارك الاحكام : 271/2.**

[3] **الطوسي ، المبسوط : 92/1، المحققالحلي ، شرائع الإسلام : 41/1 ، ، كشف اللثام : 49/1، مدارك الاحكام : 272/2، المحقق النجفي ، جواهر الكلام : 319/5–320.**

فلا اشكال بالانتفاع به ، ولا باس بتقطيع أعضاء الحيوانات بعد تذكيتها [1]؛ لانه وان كان بحكم الميتة بعد الابانة لكنه يصير بعد الزرع جزاءا حيا من بدن الإنسان،فيخرج من عنوان الميتة ويدخل في عنوان الحي فيكون حينئذ طاهرا ، ولا إشكال فيه[2].

وعند المالكية اذا سقطت سن أنسانا يجوز إن يرد بدلها سنا من حيوان مذكى[3] ، ويستفاد من ذلك انهم يجوزون نقل اجزاء من الحيوان إلى الإنسان .

وكذا عند الشافعية إذا انكسر عظمه فينبغي ان يجبره بعظم طاهر[4] .

لكن الأحناف يرون انه لو سقط سنه يكره ان يأخذ سن ميت فيشدها مكانها بالاجماع ، ولكن يأخذ سن شاة ذكية فيشدها مكانها[5] .

وعند الحنابلة :إن جبر عظمه بعظم فجبر ثم مات لم ينزع إن كان طاهرا ، وان كان نجسا وأمكن إزالته من غير مثله أزيل ؛ لأنه نجاسة مقدور على إزالتها من غير مضرة[6] .

ومجمل الأقوال نخلص منها إلى إن نقل العضو الحيواني من حيوان (جائز مأكول اللحم ومذكى) للجسد الإنساني مع الحاجة إليه جائز في رأي اغلب الفقهاء .

ثانيا – الانتفاع بأعضاء حيوان نجس :

الأصل إن الانتفاع بحيوان نجس محرم قال الشيخ الأنصاري : ((إن ظاهر الأكثر أصالة حرمة الانتفاع بنجس العين)) [7].

إلا إن الشيخ جعفر كاشف الغطاء يرى جواز الانتفاع بالعين النجسة التي لها منفعة لم يرد نص في منعها التي ثبت فيها حق الاختصاص وان كانت غير قابلة للملك ، إذا كانت لها منفعة لم يرد نص بمنعها قال : ((ويجوز الانتفاع بالأعيان النجسة والمتنجسة في غير ما ورد النص بمنعه) [8].

---

[1] السيد محسن الخرازي ن البحوث الهامة في المكاسب المحرمة : 358/2-359.

[2] الشيخ ناصر مكارم الشيرازي ن بحوث فقهية هامة ، 335.

[3] ظ: حاشية الدسوقي : 63/1.

[4] النووي ، المجموع :145/3-146.

[5] الكاساني ، بدائع الصنائع : 132/5.

[6] ابن قدامة ، المغني : 211/2.

[7] المكاسب :97/1.

[8] شرح القاعد : -/-.

والمعلوم إن الأعيان النجسة التي لها منفعة محللة يثبت فيها حق الاختصاص ، فيصل الانتفاع بالنجاسات كالكلب وجلد الميتة إذا سوغ الانتفاع بها لثبوت حق الاختصاص فيها[1] .

وبعد ذلك يمكن بيان حكم الانتفاع بعضو من أعضاء الحيوان النجس استنادا لحق الاختصاص بالانتفاع بها .

فعند الإمامية : قال الشيخ الطوسي : ((العظم لا ينجس بالموت فان كان من حيوان نجس العين كالكلب والخنزير ففيه ثلاث مسائل :

احدهما : انه يمكنه قلعه من غير مشقة فانه يجب قلعه بلا خلاف.

الثانية : يمكن قلعه بمشقة بان يكون قد نبت عليه اللحم ولا يخاف على النفس من قلعه فانه لا يجب قلعه لقوله تعالى : ((وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)) [2].

الثالثة : ان يخاف على النفس من قلعه فلا يجب ايضا قلعه للاية ، والذي يجب عليه قلعه من غير مشقة متى لم يقلعه وصلى بطلت صلاته ؛ لانه حامل للنجاسة وعلى السلطان اجباره على ذلك فان مات ولم يقلع فلا يجوز قلعه)) [3].

ووجب ازلة العظم بنجس العين – كعظم الكلب – مع الامكان محل اجماع عند الإمامية[4].

واحتمل الشهيد الأول عدم وجوب الازاله بعد اكتساء اللحم[5] واستوجهة صاحب المدارك[6] .

وقال عنه الشيخ محمد حسن النجفي : ((هو في محله ؛ لا لتحاقه بالبواطن ، ولصيرورته كنجاسته المتصلة به من الدم ونحوه بل كجزئه ، و لقصور ما دل على وجوب ازالة النجاسة عن تناول مثله ، خصوصا بعد انصرفها إلى المتعارف)) [1].

---

[1] ظ: العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء : 479/2.

[2] سورة الحج: 78.

[3] المبسوط : 92/1.

[4] ظ: العلامة الحلي : التذكرة : 98/1، الشهيد الأول ، الذكرى : طهارة /17، والدروس الشرعية : 1 /18، المحقق الكركي، جامع المقاصد : 184/1، الشيخ محمد حسن النجفي : 136/6.

[5] ذكرى الشيعة : 17/1.

[6] السيد محمد بن علي الموسوي العاملي ،323/2.

وقد اجاب السيد الخوئي عن حكم استعمال مادة الانسولين لمرض السكري مع العلم بانها مستخرجة من دم الخنزير ، وهناك نوع اخر مثلها مستخلص من دم البقر ولكنه اقل جودة ومنفعة ، فقال : ((لا باس بالمتخلص منه ومن غيره كمثله)) [2].

واجاب السيد السيستاني عن السوءال ذاته بقوله : ((لا مانع من تزريقها في العضله أو الوريد أو تحت الجلد بالابره)) [3].

والاحناف يرون عدم وجوب ازالة العظم النجس اذا اكتساء باللحم ولو مع عدم الضرر

كسر عظمه فوصل بعظم كلب ، ولا ينزع الا بضرر جازت الصلاة[4] ، ولو سقط سنه بكسره ان ياخذ سن ميت فيشدها مكانها بالاجماع [5].

ولو اخذ سن الكلب فوضعه في موضع سنه فثبتت لا يجوز ولا يقلع ، ولو اعاد سنه ثانيا وبثت ينظر ان كان يمكن قلع سن الكلب بغير ضرر يقلع وان كان لا يمكن الا بضرر لا يقلع[6] .

وعند المالكية : الانتفاع بسن ميتة قولان : الجواز والمنع وعلى الثاني فيجب قلعها في كل صلاة ما لم يقدر عليه قلعها والاقلا[7] .

وعند الشافعية : لا يجوز ان يجبر العظم بنجس مع قدرته على طاهر مقامه،فان جبره بنجس نظر ان كان محتاجا إلى الجبر ولم يجد طاهرا يقوم مقامه فهو معذور،وان لم يحتج اليه ووجد طاهرا يقوم مقامه ووجب نزعه ان لم يخف منه تلف نفسه ولا تلف عضو ، وان ضاف من النزع هلاك النفس ، أو عضو أو فوات منفعة عضو لم يجب النزع على الصحيح من الوجهين[8] .

---

[1] **جواهر الكلام : 138/6.**

[2] **المسائل الشرعية استفتاءات ، 301/2، مؤسسة الإمام الخوئي الخيرية ، ط3، 1999، الكويت.**

[3] **الفقه للمغتربين ، ص256، مسألة (376).**

[4] **ابن عابدين ، رد المحتار : 357/1.**

[5] **الكاساني ، بدائع الصنائع : 42/11.**

[6] **البحر الرائق : 197/22.**

[7] **الدسوقي ، حاشية الدسوقي : 63/1.**

[8] **النووي ، المجموع : 142/3-146.**

اما الحنابلة فقد قالوا : (ان خاط جرحه ، أو جبر ساقه ونحوه كذراعه بنجس من عظم أو خيط فجبر وصح الجرح أو العظم لم تلزمه ازالته ، أي : الخيط أو العظم النجس ان خاف الضرر من مرض أو غيره كما خاف التلف أي تلف عضوه أو نفسه؛لان حراسة النفس أو اطرافها من الضرر واجب) [1].

ومما تقدم يتبين : ان الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة قد صرحوا بانه اذا كسر عظم الإنسان فينبغي جبره بعظم طاهر ، ونص الفقه الحنفي على انه لو وصل عظم إنسان بعظم كلب لا ينزع الا بضرر جازت الصلاة .

وعليه فقد افتى الشيخ يوسف القرضاوي بجواز نقل العضو إلى الإنسان ولو كان من كلب أو خنزير ، قال : ((لا حرج في نقل العضو إلى الإنسان ولو كان من كلب أو خنزير))[2].

المطلب السادس:حكم ثبوت حق الاختصاص بالاعضاء المقطوعةحدا أو قصاصا

ربما يتصور امكانية الافادة من العضو المقطوع بالعقوبة ، ويدفع ذلك صاحب العضو المقطوع منه إلى الترقيع بها في بدنه أو جعلها تحت تصرفه استنادا لحق الاختصاص . فهل يبقى حق الاختصاص لمن عوقب على اعضائه ؟ في فرض المسألة قولان :

القول الأول : جواز التصرف باعضائه المقطوعة حق الاختصاص :

قال اصحاب هذا الاتجاه : ((الظاهر له اذ لا وجه لسلب اختصاصه بعضوه بعد قطعه ، عدا توهم ان ايجاب قطعه عبارة اخرى عن قطع إضافته عنه ، فهو عضو لا رابطة بينه وبين المقطوع منه ، بل يقطع في الله وفي سبيل إجراء أحكامه . وهو توهم يندفع بأدنى تأمل)) [3].

واجيب عن الاشكال المطروح : ((انه لا يفهم من أيجاب قطعه إلا إن الشارع طلب حصول الفصل بينه وبين صاحبه حتى يحرم النفع العائد منه اليه ويكون عبرة لغيره من

---

[1] البهوتي ، كشاف القناع : 292/1.

[2] الشيخ يوسف القرضاوي ، زراعة الاعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية ، ص75.

[3] الشيخ محمد المؤمن القمي ، كلمات سديدة في مسائل جديدة ، ص193.

خلق الله وهو يلازم بوجه انتقاء ذاك الاختصاص ، وقد عرفت ان مقتضى القواعد ثبوته وبقاؤه . وعليه فأمر عضوه المقطوع حدا اليه يضعه تحت اختيار من احب كيف احب ، وليس لاحد ان يتعرض للتصرف فيه بلا حصول على اذنه كما هو مقتضى العمومات)) [1].

ومقتضى القاعدة هو الاقتصار على المتيقن بعد عموم حرمة التعرض للغير ،والمتيقن من العقوبه هو مجرد قطع العضو ، والزائد عليه الذي هو المنع من الترقيع محرم ؛ لعموم دليل حرمة التعرض للغير ، ولا اقل من الشك ؛ فمقتضى استصحاب حرمة التعرض له الثابتة قبل السرقة هو بقاء حق الاختصاص وعدم جواز المنع من الترقيع [2].

والغاية من القطع المدلول عليها بقوله تعالى : ((وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ)) [3] ، هي الجزاء والنكال ، وهما حاصلان بمجرد القطع ، ولا دليل على ان المأمور به هو بقاء أثر القطع[4] .

وعند جمهور الفقهاء ، قال الاحناف بجواز التصرف بالعضو المقطوع بالقصاص قال : ((اذا قلع رجل ثنية رجل عمدا ، فاقتص له من ثنية القالع ، ثم نبتت ثنية المقتص منه ، لم يكن للمقتص له ان يقلع تلك الثنية التي نبتت ثانيا)) [5].

وذهب المالكية[6] والشافعية[7] ان القصاص يحصل بابانة عضو الجاني مرة ةاحدة .

.

اما الحنابلة فلهم قولان : احدهما ان القصاص يستوفى مرة واحده[8].

والثاني : انه يقتص منه مرة ثانية[9] .

---

[1] المصدر نفسه ، ص194.

[2] السيد محسن الخرازي ، البحوث الهامة في المكاسب المحرمة : 386/2.

[3] سورة المائدة : 38.

[4] السيد محسن الخرازي ، البحوث الهامة في المكاسب المحرمة : 388/2-389.

[5] الفتاوى الهندية : 11/6.

[6] ابن رشد ، البيان والتحصيل : 67/16.

[7] الشافعي ،الأم : 52/6، و ظ : النووي ، روضة الطالبين : 97/9-198.

[8] ابن قدامة ، المغني : 423/9.

[9] ابن مفلح ، الفروع : 655/5.

الاتجاه الثاني : عدم الجواز بعدم ثبوت حق الاختصاص :

ان ايجاب القطع يدل على عدم انتساب المقطوع منه اليه بحيث لا تبقى رابطة بينه وبين المقطوع منه ، بل يقطع في الله وفي سبيل اجراء احكامه ، ويشهد له عدم استئذان الحكام الشرعيين من ذوي الأعضاء المقطوعة فيما يرتبط بأمور الدفن وغيره ، مع ان الاستئذان لو كان لازما لبان وشاع ، وحيث لم يكن كذلك علم أن العضو لم يختص بصاحبه بعد اجراء الحد[1].

واستدل على عدم جواز الانتفاع والتصرف بالعضو المقطوع بروايات :

الاولى : صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : ((قضى امير المؤمنين (عليه السلام) في السارق اذا سرق : قطعت يمينه ، واذا سرق مرة أخرى : قطعت رجله اليسرى ، ثم اذا سرق مرة اخرى سجنه ، وتركت رجله اليمنى يمشي عليها إلى الغائط ، ويده اليسرى يأكل بها ويستنجي بها ، فقال : اني لأستحي من الله ان اتركه لا ينتفع بشئ ، ولكني أسجنه حتى يموت في السجن .....)) [2].

ووجه الدلالة : ان قطع الرجل يوجب ان يفوت عليه المشي عليها ، وقطع اليد يوجب فوت الاكل بها والاستنجاء بها ، وعلى أن اجراء حد القطع يوجب فيه أنه لا يكون له يد أو رجل[3] .

ويمكن القول : ان الرواية ناظرة إلى حد السرقة بالحكم الاولي ، ولا نظر لها إلى صورة ترميم بعض الأعضاء بالترقيع خصوصا مع عدم تعارفها ، فلا اطلاق لها . وبالجملة : حد السرقة يوجب كيفية مذكورة بالطبع الاولي ، ولا ينافي جواز تغير وضع الحدود بالترقيع وان كثرة الروايات الواردة في ترتيب حد السارق والسارقة من قطع اليد أولا ، ثم قطع الرجل ثانيا ، ثم الحبس الابدي ثالثا[4] .

---

[1] السيد محسن الخرازي ، البحوث المهمة في المكاسب المحرمة : 393/2.

[2] الوسائل : 492/18، الباب الخاص من حد السرقة ، حديث رقم (1).

[3] الشيخ محمد المؤمن القمي ، كلمات سديدة : ص191-192.

[4] ظ: جامع أحاديث الشيعة : 25-543.

الثانية : رواية محمد بن سنان باسنادة عن الرضا – عليه السلام – قوله : ((وعلة قطع اليمين من السارق ؛ لانه يباشر الاشياء غالبا بيمينه ، وهي افضل اعضائه وانفعها له ، فجعل قطعها نكالا وعبرة للخلق لئلا يبتغوا اخذ الأموال من غير حلها)) [1].

ووجه الدلالة : (ان قوله (عليه السلام) ((وهي افضل اعضائه وانفعها له)) ظاهر في الاقدام على قطعها انما هو لحرمانه عن النفع العائد اليه من هذا العضو الافضل،كما ان قوله:((فجعل قطعها نكالا وعبرة للخلق)) انها يتأنى اذا بقي عليه اثر القطع ، ولا لما كان عبرة للخلق بل لخصوص من شهد مجلس القطع أو نقل له وحكى ، لا لجميع الخلق المباشرين له)[2].

واشكل عليه :

ان الرواية ضعيفة وان المذكور فيها حكمة الحكم لا علته ، ولا مانع من تخلف الحكمة في بعض الموارد بنحو الترقيع ، هذا مضافا إلى منع كثر التخلف ، فان آثار القطع لا ترتفع كلية حتى تنتفي العبرة رأسا[3] .

فان القطع ولو لم يبق أثره يكون أيضا عبرة للخلق بعد رؤية جماعة من المؤمنين ذلك واخبارهم به ، ولا يلزم في العبرة والنكال بقاء الكيفية المذكورة ، كما ان الله سبحانه وتعالى جعل جماعة من بني إسرائيل ممن اعتدوا في السبت قردة عبرة للموجودين وغيرهم ممن سيأتي بعدهم من دون بقائهم على المسخ[4] ، قال تعالى : ((وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ(65) فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ)) [5].

---

[1] **الوسائل : 481/18 ، الباب الأول من ح السرقة ، حديث (2).**

[2] **الشيخ محمد المؤمن القمي ، كلمات سديدة ، ص193.**

[3] **السيد محسن الخرازي ، البحوث الهامة في المكاسب المحرم : 388/2.**

[4] **السيد محسن الخرازي ، البحوث الهامة في المكاسب المحرمة : 388/2–389.**

[5] **سورة البقرة :66.**

الثالثة : ما روي عن سماعة قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) : ((أتي أمير المؤمنين (عليه السلام) برجال قد سرقوا فقطع أيديهم ، ثم قال : إن الذي بان من أجسادهم قد يصل إلى النار ، فان تتوبوا تجروها ، وإلا تجركم)) [1].

وعليه يمكن أن يقال :

1- إن سيرة الحكام الشرعيين على عدم استئذان المحدودين في أمر أعضائهم تشهد على نفي حق الاختصاص ؛ وإلا لنقل ذلك وبان وشاع ، ولا يقال : إن عدم استئذانهم من جهة عدم فائدة الأعضاء المقطوعة بحيث يعلم برضاهم في دفنها ؛ لانا نقول : الفائدة وان كانت مفقودة في تلك الإعصار إلا أن الدواعي لأخرى – كدفن الأعضاء في مقبرة العائلة وغير ذلك – تكفي الاختصاص ، ومع لم ينقل استئذان الحكام منهم[2] .

2- إن مقتضى موثقة سماعة هو مفروغية الفصل بين الأعضاء وذويها للدفن،وعليه صارت الأعضاء مسلوبة الفائدة و المالية ومحكومة بالدفن ، وهذا لا يجتمع مع حق الاختصاص[3] .

---

[1] الصدوق ، علل الشرائع : ص537.

[2] السيد محسن الخرازي ، البحوث الهامة في المكاسب المحرمة : 390/2.

[3] المصدر السابق نفسه.

الخاتمة

الخاتمة:

بعد هذه المسيرة في مدونات الفقه الإسلامي عن موضوع حق الاختصاص يمكن ايجاز البيان لمجموعة مفاهيم منها :

_ ان معاني الحق تدور معظمها حول معنى: المصلحة والاختصاص ، والثبوت ، والوجوب ، وان الاستعمال الفقهي للحق الناشئ من الأساس اللغوي يبين ان ماهية الحق تطلق على كل ما هو ثابت ثبوتا شرعيا– أي بحكم الشارع وإقراره– ، وكان له بسبب ذلك حمايته سواء اثبت هذا الحق لشخص من الأشخاص أم لعين من الأعيان ، وسواء أكان هذا الحق ممثلا لاختصاص ام لملك.

_ إن أهم خصيصة للحق بمعناه العام هي (الاختصاص الحاجز) ، لان الاختصاص جنس في التعريف ، وهو جوهر كل حق،وبناء عليه يمكن ان يقال :ان الحق مصطلح متدرج المستويات إلا أن جوهره الاختصاص .

_ يستعمل لفظ الاختصاص بالاصطلاح الفقهي وفق معنيين : الاختصاص الملكي .والاختصاص الانتفاعي. يبدو إن هذا الاستعمال نشأ نتيجة إلى عدم وضوح الدال على العلاقة ، وانه بصدد الكشف عن أية من العلقتين (الملكية والحق) .

_ يطلق لفظ الاختصاص بمعناه الحقوقي على: الحق الذي يجعله الشارع للمكلف في شيء إما بسبب إيجاد عمل فيه نحو تحجير الأرض اوبسبب السبق إلى إلى المكان المباح ، او من دون سبب كالاقطاع الذي يخص به الإمام بعض الناس .

_ ان قوام حق الاختصاص الاساس هو الانتفاع فيما اختص به على نحو وضع اليد.

_ يجد البحث ان ماذهب اليه اغلب المفسرين من ان التمكين الالهي للانسان من الموارد الطبيعية جاء على مستوى الانتفاع وليس الملك ، وان عقيدة الاستخلاف تقرر ان الملكية الحقيقية فقط لله تعاى و الانسان حائز منتفع وفق ضوابط النيابة،رغم ان البعض اثار قضية مهمة تتعلق بسلطة الانسان على الموارد الطبيعية فذهب الى انهاسلطنة على نحو الملكية بينما راى اخرون انها احقية اختصاص بالانتفاع .

وقد ظهر من ثنايا البحث ماياتي:

1. ان السبق الذي يكون سببا لحق الاختصاص تارة يرد على الاموال المنقولة ،كما يردعلى وضع اليد على المباحات العامة ، و هو وان كان لا ينتج ملكية خاصة بل غاية ما يتمخض عنه ، حق اختصاص واولوية.
2. ان حديث الشركة لا يعدم الاختصاص الا على نحو الملك المانع من الاستفادة من جهة الغير ، و الا فان الحديث يؤسس لانتفاع الناس عامة حسب الحاجة و اولوية السبق.
3. إن التحجير وسيلة من وسائل تسريع انجاز المشروعات الاستثمارية والتي من شأنها تحديد كمية المشروعات المخطط اقامتها . و التعجيل ببدأ الاستثمار والا تعرّض المستثمر إلى سحب حق اختصاصه باقامة المشروع تحقيقا للمصالح العامة.

4. ان الاقطاع يقابل بالمصطلح المعاصر (منح الامتياز) لمزاولة مشروع انمائي . وهذا لايّملك صاحب المشروع استحقاقات تمليكية الابعد خلق الفرصة الانمائية.

5. ان حق الانتفاع إذا صاحبه الاختصاص كان من الحقوق الخاصة ، وقد يتجرد عن الاختصاص فيعتبر من الحقوق العامة ، مثل الانتفاع بمرافق الأسواق والجلوس في المساجد ونحوها ، و يشترك في ذلك جميع الناس ، إلا ان من سبق إلى موضع منها كان وهو الاحق بها.

6. ان اكتساب حق الاختصاص بشئ من الأوقاف مستندا إلى شرط الواقف ، فلو كان الوقف معدا لجماعة لم يجز لأحد الانفراد فيه إلا ان يبلغ العدد النصاب، فلهم منع الزائدة ، ولو كانت العادة أو الشرط يقتضي اختصاص الواحد فله منع الزائدة مطلقاً.

7. درج الفقهاء على ترتيب الملكية على اساس الاحياء والذي يبدو لي ان الإحياء يكسب المحيي حق الاختصاص أو حقاً خاصاً محددا وذلك للادلة التي استدل بها ، و المنسجمة مع النصوص ، وفي ذلك يتمتع الفرد بحق اختصاص في رقبة الأرض يمكنه من الانتفاع ومنع الاخرين عن انتزاعها، فلو تعطل المورد المحيى تزلزل الحق او الملكية.

8. ان حق الاختصاص طريقة تسهل الانتفاع من موارد (الملكية العامة) بالقدر الذي يحقق الانتفاع لغرض إيجاد فرصة إنتاجية جديدة.

9. ان حق الاختصاص جزء من وسيلة لضبط توزيع الثروة العامة او ما يطلق عليه الشهيد الصدر الاول توزيع ماقبل الانتاج وفق معيار الحاجة ، فحق الاختصاص بالقدر الذي يمنح الشخص اذنا قانونيا بالافادة من موارد الثروة ، يقيد الافادة بمقدار الحاجة و ضرورة تحويل المعطل الى منتج .

10. ان ملكية الانسان لأعضائه ليست ملكية اعتبارية بل هي ملكية تكوينية بمعنى ان له عليها سلطنة تكوينية، وفي هذه السلطنة التكوينية موضوع لحق الاختصاص والأولوية للانسان على تلك الاعمال والنتائج، فاثبات جواز الترقيع أو النقل _ مثلا _ لا يتوقف

على الملكية ، فان الانسان اولى بأعضاء بدنه ، كما ان له الأولوية والاختصاص بعض الاعيان النجسه وان لم يكن بمالك لها ؛ فلا يسقط حقه على هذه الاعضاء[٤] .

11. وجد الباحث ان الحقوق الفكرية و المعنوية و حقوق الاكتشاف و التاليف و التحقيق حقوق محترمة و لصاحبها ان لم يملكها ملكية كاملة فله فيها حق اختصاص .

12. عدم جواز مزاحمة المستحق لحق الاختصاص ، و التصرف فيه ، وهذا ثابت بالنصوص والاجماع والدليل العقلي والعرف .

13. ان قوام الحق قبوله للاسقاط ؛ لان الحق عبارة عن عى ان لا نلغي تماما فان من الحقوق ما يصح ان يجري عليها(النقل والاسقاط) ، ومنه ا لا يصح ان يجري عليه الاسقاط ، وكذلك في حق الاختصاص فان بعض موارد تكون قابلة للنقل ولاسقاط او احداهما ومنها ما لايقبل ذلك .

14. ظهر من خلال البحث جواز المزارعة على ما فيه حق الاختصاص لتسلط صاحب الحق المذكور على الأرض على نحو الانتفاع .

15. ان توريث حق الاختصاص يختلف بحسب كل مورد فمنه ما يقبل التوريث ومنه لا يقبل ذلك .

16. المعلوم إن الأعيان النجسة التي لها منفعة محللة يثبت فيها حق الاختصاص ، في مثل الانتفاع بالنجاسات كالكلب وجلد الميتة إذا سوغ الانتفاع بها لثبوت حق الاختصاص فيها فاذا ما ثبت ذلك جاز الانتفاع بعضو من أعضاء الحيوان النجس استنادا لحق الاختصاص بالانتفاع بها .

المصادر و المراجع

*القران الكريم خير ما نبتدئ به

1. ابن الاثير: أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، (ت 606 هـ) النهاية في غريب الحديث والاثر، تحقيق: طاهر احمد الزاوي ومحمود محمد، نشر مؤسسة اسماعيليان، ط4 ، قم، 1364 هـ.

2. احمد بن حنبل (ت 241 هـ)، مسند احمد، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1993 م.
3. احمد بن حنبل ، (ت 241 هـ)، مسند احمد، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1993 م.
4. احمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري ، ط1، مطابع المدخول ، الدمام ، 1995، ص164.
5. ابن إدريس:أبو جعفر محمد بن منصور بن أحمد الحلي (ت: 598 هـ). السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، ط3، 1414هـ .
6. الازهري:صالح عبد السميع الآبي،جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ،دار الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه،د.ط،د.ت.
7. اغا ضيا الدين العراقي(ت:1361ه)،تعليقة استدلالية على العروة الوثقى،مؤسسة النشر الاسلامي،ط1،قم،د.ت.
8. أغا ضياء الدين العراقي ، نهاية الأفكار ، تقريرات محمد تقي البروجردي ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، 1405هـ .
9. الالوسي: شهاب الدين محمد البغدادي ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، تحقيق : علي عبد الباري عطية ، دار الكتب العلمية ، ط2، بيروت ، 1426هـ -2005م .
10. الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب (ت 494ه) ،المنتقى شرح الموطأ ، دار الكِتَاب العربي ، بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى ، 1332 هـ .
11. البجيرمي : سليمان بن محمد بن عمر(ت:926ه)، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ،دار الكتب العلمية،ط1،بيروت،1424-2000.
12. البحراني: الشيخ يوسف بن أحمد (ت: 1186 هـ)،الحدائق الناضرة في أحكام

العترة الطاهرة، تحقيق: محمدتقي الإيرواني،دار الأضواء، ط3، بيروت ، 1413هـ .
13. البخـاري: محمد بـن إسـماعيل بـن إبـراهيم الجعفـي (ت: 256 هـ)، صـحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، ط1، 1419 هـ .
14. بدر الدين محمد الزركشـي ، المنثور فـي القواعد ، تحقيـق : تسيير فائق ، مؤسسة الخليج العربي ، الكويت ، ط1، 1402هـ -1982م ، 7/1.
15. ابن البرَّاج: عبد العزيز بن نحرير الطرابلسي، القاضـي (ت: 481 هـ) المهذَّب البـارع، تحقيـق لجنـة بإشـراف جعفـر سـبحاني، مؤسسـة النشـر الإسـلامي، قـم، ط1، 1406 هـ .
16. البروجردي: آقا حسين الطباطبائي، (ت 1383 هـ)، جامع أحاديث الشيعة، أُلفَ تحت إشراف أية الله جار حسين الطباطبائي البروجردي، المطبعة العلمية، قم، 1399 هـ.
17. البزدوي : عبد العزيز بن احمد بن محمد البخاري ، كشف الاسرار ، تحقيق : عبد الله محمود احمد ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1400هـ ، 132/4.
18. أبو البقاء:ايوب بن موسى الحسيني الكوفي ، الكليات ، معجم المصطلحات والفروق اللغويـة ، اعده للطبـع ، عدنان درويش ومحمد المصـري ، ط2، القـاهرة ، 1413هـ-1992م.
19. البهوتي : منصور بن يونس بن ادريس(ت:1051هـ)،كشاف القناع عن متن امتانع ، دار الفكر ، ط2، بيروت ، 1997.
20. البهوتي :منصـور بن يونس بن ادريس(ت:1051هـ)، شرح منتهى الارادات ،عالم الكتب،ط3،بيروت،د.ت
21. البهـوتي: منصـور بـن يـونس ، الـروض المربـع بشـرح زاد المسـتقنع ،دار الكتب العلمية – بيروت لبنان

22. البيجوري: إبراهيم ، حاشية البيجوري على شرح ابن القاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية ، ط2، 1996، بيروت .

23. البيهقي:أحمد بن الحسين بن علي (ت: 458 هـ) ، السنن الكبرى، إعداد: يوسف عبد الرحمن، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1413 هـ .

24. ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم ،المحرر في الفقه ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1419هـ ، 1999م، بيروت

25. الجرجاني : علي بن محمد بن علي الحسيني ، التعريفات ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ط1، 2003

26. الجمل : سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري الشافعي المعروف بالجمل (ت 1204 هـ)،حاشية الجمل على شرح :تحقيق الشيخ عبد الرازق غالب المدي، دار الكتب العلمية، ط 1 ، بيروت ، 1417 هـ . 1996 م

27. جواد التبريزي(الشيخ) (ت: 1429هـ). صراط النجاة، نشر دار الصدِّيقة الشهيدة (ع) ، ط1، قم ، 1423 هـ .

28. الجوهري : أبو النصر إسماعيل بن حماد ، الصحاح ، تحقيق : احمد بن الغنور عطار ، دار العلم للملايين ، ط4، بيروت، 1407هـ

29. الحاكم النيسابوري: أبو عبد الله محمد بن محمد (ت: 405 هـ)،المستدرك علىٰ الصحيحين، تحقيق: يوسف المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، 1406 هـ،(د.ط).

30. ابن حجر: احمد بن عليّ العسقلاني، (ت 852 هـ)، فتح الباري، في شرح صحيح البخاري، دار المعرفة للطباعة والنشر، ط2، بيروت، 1405 هـ.

31. ابن حجر الهيتمي: شهاب الدين أحمد ت 974 هـ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ، مكتبة البحوث والدراسات في دار الفكر – بيروت ، ط 1 ، 1418 هـ – 1997 م

32. الحر العاملي : محمد بن الحسن ، تفصيل وسائل الشيعة،تحقيق :مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث ،ط1424/1هـ،بيروت.

33. ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي الظاهري (ت: 456 هـ)، المحلَّى شرح المجلَّى، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1418 .

34. أبو الحسن الأصفهاني (السيد)، وسيلة النجاة ، دار المعارف ، ط2، بيروت ، 1977م.

35. حسن الأمين ، دائرة المعارف الإسلامية الشيعة،دار التعارف،ط6،بيروت،1422هـ-2001م

36. حسن الجواهري (الشيح)، بحوث في الفقه المعاصر ، نشر مجمع الذخائر الاسلامية، ط1 قم، 1422 هـ.

37. حسن بن زين الدين الجبعي العاملي نجل الشهيد الثاني (ت1011 هـ)، معالم الدين وملاذ المجتهدين تحقيق: لجنة نشر مؤسسة النشر الاسلامي، قم.1،

38. الحطاب الرعيني : أبو عبد الله أحمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت 954 هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية ، ط 1، بيروت ،1416 هـ - 1995

39. حيدر جابر(الدكتور) ، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ، منشورات الجلبي الحقوقية ، ط1، 2009، بيروت .

40. الخرشي : محمد بن عبد الله ،،حاشية الخرشي على مختصر خليل ، تحقيق: زكريا عميرات. ، دار الكتب العلمية ،الطبعة ،ط1، بيروت، ، عام 1417هـ

41. الخميني ،السيد روح الله الموسوي ، كتاب البيع ، مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان، ط4 ، قم ، 1410هـ .

42. الخوارزمي: ابو عبد الله محمدبن احمد بن يوسف الكاتب،مفاتيح العلوم،ادارة الطباعة المنيرية،ط1342،1هالقاهرة.

43. الخوئي :ابو القاسم الموسوي، مستند العروة الوثقى بقلم: الشيخ مرتضى البروجردي ، المطبعة العلمية ، قم ، 1365هـ

44. الخوئي ، السيد أبو القاسم الموسوي، مصباح الفقاهة ، بقلم السيد محمد علي التوحيدي، المطبعة العلمية ، ط1، قم .

45. الخوئي، المسائل الشرعية استفتاءات ، مؤسسة الإمام الخوئي الخيرية ، ط3، 1999، الكويت.

46. الخوئي،السيد أبو القاسم بن عليّ اكبر الموسوي، (ت 1413 هـ)، منهاج الصالحين، نشر: مدينة العلم ، ط28، قم . ايران، 1410 هـ

47. الدردير: أبو البركات المالكي الأزهري (ت: 1201 هـ).الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحبلي وشركاؤه.

48. الدسوقي : محمد بن احمد بن عرفة المالكي ،حاشية الدسوقي، دار الكتب العلمية ، ط1، 1996، بيروت

49. الرازي :فخر الدين محمد بن عمر المحصول في علم الأصول، ، تحقيق: طه جابر العلواني. الطبعة الثانية، بيروت، مؤسسة الرسالة، عام 1412هـ.

50. الراغب الأصفهاني: أبو القاسم الحسين بن محمود معجم مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ضبطه وصححه: إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1425 هـ .

51. ابن رجب: ابو الفرج عبد الرحمن الحنبلي، القواعد في الفقه الاسلامي،دار الكتب العلمية،ط

52. الزرقاني:عبد الباقي بن يوسف بن احمد بن محمد(ت:1099ه)،شرح الزرقاني على مختصر خليل،ضبطه:عبد السلام محمد امين،دار الكتب العلمية ،ط1،بيروت،1422ه،2002م.

53. ابن رشد: ابو الوليد القرطبي (ت520ه)، البيان والتحصيل ، تحقيق : د. مُحَمَّد حجي ، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1404 هـ - 1984م .

54. ابن رشد الحفيد:أبو الوليد محمد بن احمد القرطبي(ت:595هـ). ، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات لأمهات مسائلها المشكلات، مطبعة السعادة، مصر.

55. الرملي : شمس الدين محمد ،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد الرملي. بيروت، دار الكتب العلمية، عام 1414ه

56. الزيلعي :فخر الدين عثمان بن عَلِيّ تبيين الحقائق تبيين الحقائق : ، دار الْمَعْرِفَة،ط2 ،د.ت، بيروت – لبنان

57. زين الدين بن إبراهيم بن محمد بابن نجم المصري الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1997م، بيروت

58. السبزواري،محمد باقر ((ت: 1090 ه)، كفاية الأحكام، تحقيق: الشيخ مرتضى المواعظي الآراكي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، بقم، 1423م.

59. السبكي: تقي الدين علي بن عبد الكافي (ت:756ه)تكملة المجموع شرح المهذب،الدار السلفية،المدينة المنورة،د.ط،د.ت.

60. السبكي (الابن):تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي(771ه) الاشباه والنظائر،دار الكتب العلمية،ط1،بيروت،1422ه-2001م

61. السرخسي :أبو بكر محمد بن احمد بن أبي سهل ، المسيوط ، تحقيق : جمع من الافاضل ، دار المعرفة ، بيروت

62. سعيد امجد الزهاوي(الدكتور) ، التعسف في استعمال حق الملكية ، دار الاتحاد العربي للطباعة ،ط1، القاهرة ، 1976، ساعدت جامعة بغداد على نشره ، ص727.

63. سعيد عبد الرحمن ،شيوخ الازهر ،الشركة العربية للنشر والتوزيع،ط1،القاهرة،1997م.

64. سلار: حمزة بن عبد العزيز الديلمي (ت: 448 هـ). المراسم في الفقه الإمامي، تحقيق: محسن الحسيني الأميني، منشورات المعاونية الثقافية للمجمع العالمي لأهل البيت :)، قم، ط1، 1414 هـ .

65. السنهوري :عبد الرزاق(الدكتور)، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، منشورات الحلي ، ط1، 1998، بيروت .

66. السياغي : القاضي شرف الدين الْحُسَيْن بن أحمد سياغي (ت1211هـ(،الروض النضير ، مكتبة المؤيد ، الطائف ، ط1، 1388 هـ .

67. السيستاني :السيد علي الحسيني ، منهاج الصالحين، دار المؤرّخ العربي، بيروت، ط2، 1996م.

68. السيوطي جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر بن محمد(911هـ)،: الاشباه و النظائره في قواعد فروع الشافعية ، دار الكتب العلمية ،ط2، 2005

69. السيوطي :جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر بن محمد(911هـ)، الحاوي للفتاوي في الفقه وعلوم التفسير و الاصول و النحو والاعراب وسائر الفنون ،حقق اصوله وعلق حواشيه :محمد محيي الدين عبد الحميد،مطبعة السعادة،ط3 ،1378 هـ،1959م

70. ابن الشاط:ابو القاسم قاسم بن عبد الله(ت:723هـ) ، ادرار الشروق على انوار الفروق ضبطه وصححه:خليل المنصور، دار الكتب العلمية ، ط1،بيروت ،1418هـ،1998م..

71. الشاطبي : إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي ، الموافقات في أصول الشريعة ، دار الكتب العلمية ، ط7، 2005، بيروت

72. الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت: 204 هـ). الأم، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ط2، 1403 هـ .

73. الشربيني :محمد الخطيب ،الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ،دار الفكر للطباعة والنشر بيروت

74. الشهيد الاول: محمد بن مكي العاملي، (ت 786 هـ)، الدروس الشرعية في فقه الامامية، تحقيق: ونشر: مؤسسة النشر الاسلامي، ط2 ، قم، 1417 هـ.

75. الشهيد الثاني : زين الدين بن علي العاملي ، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ، مؤسسة المعارف الإسلامية ، ط1، قم ، 1416هـ

76. الشهيد الثاني:الروضة البهية ، تحقيق وتعليق: السيد محمد كلانتر ، جامعة النجف الدينية ،ط2 ، 1398هـ .

77. الشوكاني : محمد بن علي بن محمد بن عبد الله ، نيل الاوطار في شرح منتقى الإخبار من أحاديث سيد الإخبار ، دار الجيل ، ط1، بيروت ، 1973

78. الشوكاني: محمد بن علي بن محمد ،(ت 1255 هـ)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق : محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية – بيروت ،ط1 ، 1405،بيروت

79. الشوكاني: محمد بن عليّ بن محمد، فتح القدير ، ضبطه وحققه: احمد عبد السلام، دار الكتب العلمية ط1، بيروت، 1417 هـ.

80. الشيرازي :أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي (ت 476هـ) المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ضبط وتصحيح : زكريا عميرات ،دار الكتب العلمية – بيروت ، ط1 ، 1416 هـ – 1995 م

81. الصدوق :محمد بن علي بن الحسين بابويه القمي (ت 381 هـ) ، علل الشرائع ، منشورات الأعلمي ، ط 1، بيروت ، 1408 هـ – 1988 م.
82. الصنعاني :محمد بن إسماعيل الأمير اليمني (ت1182 هـ) سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ،صححه وعلق عليه وخرج أحاديثه فواز أحمد زمرلي وإبراهيم محمد الجمل ،دار الكتاب العربي ،بيروت لبنا ن، ط 4 ،1407هـ =1987م
83. الطبرسي : أبو علي الفضل بن الحسن ، مجمع البيان في تفسير القرآن،مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، ط1، بيروت ، 1415هـ ، 1995م
84. الطحاوي :احمد بن محمد بن اسماعيل الحنفي ، حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح شرح نور الايضاح ،ضبطه و صححه :الشيخ محمد عبد العزيز الخالدي ،ط1،بيروت،1418 هـ–1997م
85. الطريحي: فخر الدين بن محمد عليّ النجفي، (ت 1085 هـ)، مجمع البحرين، تحقيق: احمد الحسيني، نشر: مكتب نشر الثقافة الاسلامية، ط2، ايران، 1408 هـ.
86. الطوسي : النهاية ، مؤسسة النشر الإسلامي ، ط2، قم المشرفة ، 1427هـ
87. الطوسي : تهذيب الاحكام في شرح المقنعة ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، ط1، 1426هـ – 2005م.
88. الطوسي :ابو جعفر محمد بن الحسن(شيخ الطائفة) (ت:460هـ)المبسوط في فقه الإمامية، منشورات المكتبة الرضوية، طهران، ط3، 1387 هـ .
89. الطوسي، الخلاف في الفقه ، مطبعة نكين ، 1377 .
90. ابن عابدين: رد المحتار ، دار الكتب العلمية ، ط2، 1424هـ – 2003م، بيروت

91. عبد الأمير كاظم زاهد(الدكتور) ، المياه واحكامها في الشريعة الإسلامية التصور والحلول ، بيت الحكمة ، ط1، 2003م، بغداد ،
92. عبد الأمير كاظم زاهد(الدكتور) ، دراسات في الفكر الاقتصادي الإسلامي ،دار الغدير ،ط1،لبنان،
93. عبد الحليم بن محمد امين اللكنوي ، قمر الاقمار لنور الانوار على شرح المنار ؛ راجعه محمد عبدالسلام شاهين ،دار الكتب العلمية ،ط1،بيروت،1415هـ-1995م
94. عبد الستار حامد الدباغ ، نظرية الحق في الفقه الاسلامي ، مركز البحوث والدراسات الإسلامية ، ط1، بغداد ، 2008م
95. عبد السلام داود العبادي (الدكتور)، الملكية في الشريعة الاسلامية طبيعتها و وظيفتها و قيودها دراسة مقارنة بالقوانين و النظم الوضعية ،مكتبة الاقصى ،مطابع وزارة الاوقاف و الشؤون و المقدسات الاسلامية ،ط1،عمان – الاردن ،1397هـ-1977م.
96. أبو عبيد: القاسم بن سلام أبو عبيد الهروي ، الأموال – ناصر للثقافة – بيروت ، ط1 – 1981 .
97. عدنان البكاء (السيد)، الحكم والحق بين الفقهاء والأصوليين ، مطبعة الغري الحديثة ، ط1، النجف الاشرف ، 1976، ص149.
98. عز الدين عبد العزيز عبد السلام السلمي ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، مؤسسة الريان ، ط1، 1990م-1410هـ بيروت ، 250.
99. عصام احمد البهجي ، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، دار الجامعة ط1، 2008 الاسكندرية ، ص12).
100. عصام احمد البهجي،عقود الوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ،دار الجامعة الجديدة،ط1،الاسكندرية،2008م.

101. العلامـة الحلـي : الحسـن بـن يوسـف بـن المطهـر ، مختلـف الشيعة فـي أحكـام الشريعة، طبع وتحقيق: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، قم، ط2، 1423هـ .

102. العلامة الحلي ، ، تذكره الفقهاء (القديمة) ، منشورات المكتبة الرضوية لاحياء الآثار الجعفرية ، ت ، و . ظ.

103. العلامـة الحلـي ، تحريـر الاحكـام الشـرعية علـى مـذهب الأماميـة ، تحقيـق : إبراهيم البهادلي ، مؤسسة الصادق 11، ط1، قم ، 112هـ 72/1.

104. العلامة الحلي ، قواعد الاحكام : – قواعد الأحكام ، مؤسسة النشر الإسـلامي ، ط1، قم المشرفة ، 1418هـ

105. العلامـة الحلـي ، نهايـة الاحكـام فـي معرفـة الأحكـام ، تحقيـق السـيد مهـدي الرجائي ، دار الاضواء ، ط1، بيروت ، 1406هـ – 1986م.

106. العلامـة الحلـي ،منتهـى المطلـب فـي تحقيـق المـذهب، تحقيـق: قسـم الفقـه فـي مجمـع البحـوث الإسـلامية، منشـورات مؤسسـة الطبـع والنشـر فـي الآسـتانة الرضـوية، مشهد، ط1، 1412 هـ .

107. علي الحسيني السيستاني (السيد)، الفقه للمغتربين، بقلم :عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم. الفقه للمغتربين، ، دار التجديد، بيروت، ط3، 1999م.

108. علـي الحسـيني الشـاهرودي ، محاضـرات فـي الفقـه الجعفـري ، تقريـرا لابحـاث السيد الخوئي ، مطبعة الاداب ، ط1، 1484هـ – النجف الاشرف .

109. علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربـي ، ط1، القاهرة ، 2001، ص

110. علـي الخفيف ، الملكيـة فـي الشريعة الإسـلامية ، دار النهضـة العربيـة ، ط1، 1990، بيروت ، ص2.

111. علي الخفيف الحق و الذمة،دار الفكرالعربي،ط1 ،2001 ،القاهرة

112. عليّ الطباطبائي(السيد)، (ت 1231 هـ)، رياض المسائل في بيان أحكام الشرع بالدلائل، تحقيق:موسسة النشر الاسلامي، نشر المؤسسة ط1، قم، 1412 هـ.

113. العيني ،بدر الدين محمود بن أحمد ، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري،. بيروت، دار إحياء التراث العربي،ط1

114. ابن فارس:احمد بن زكريا الرازي ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، دار احياء التراث العربي ، ط1، القاهرة ، 1366هـ

115. الفاضل الهندي ، بهاء الدين محمد الاصفهاني ،(ت 1153هـ) ،كشف اللثام، – مكتبة المرعشي – قم ، ط1 ، د.ت.

116. الفراهيدي ، أبو عبد الرحمن الخليل بن احمد ،كتاب العين ، تحقيق .د. مهدي المخزومي و د. إبراهيم السامرائي ، دار الهجرة ، ط2 ، قم المشرفة ، 1410هـ

117. الفيروز آبادي : محمد بن يعقوب بن محمد الشيرازي ، القاموس المحيط ، ، دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت ، 1412هـ

118. الفيومي: أحمد بن محمد بن علي الحموي ،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الهجرة، قم، ط2، 1414 هـ .

119. قدامة ابن:موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ت 620 ،المغني، دار الكتاب العربي – بيروت ، ط3 ، 1403 . 1983 م

120. القرافي : أبي العباس احمد بن إدريس الصنهاجي ، الفروق أو انوار البروق في انواء الفروق ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1998م، بيروت

121. القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، القرافي، تحقيق: سعيد أعراب. الطبعة الأولى، بيروت، دار الغرب الإسلامي، عام 1994م.

122. القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري (ت: 671 هـ). الجامع لأحكام القرآن، تحقيق، سالم مصطفى البدري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424 هـ .

123. القليوبي : شهاب الدين أحمد بن أحمد القليوبي ت 1069 هـ وأحمد البرلس عميرة ،حاشية قليوبي وعميرة على متن مناهج الطالبين ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت .

124. الكاساني : علاء الدين أبي بكر بن مسعود (ت587هـ)بدائع الصنائع ، ، دار الكِتَاب العربي، ط2 ، بيروت – لبنان ، ، 1402هـ – 1982م .

125. كاشف الغطاء: الشيخ جعفر بن خضر بن يحيى الجناجي النجفي (ت: 1228 هـ)، كشف الغطاء عن مُبهمات الشريعة الغرّاء، تحقيق وطبع: مكتب الإعلام الإسلامي، قم، ط1، 1422هـ .

126. كاظم الحائري ،فقه العقود ،مجمع الفكر الاسلامي،ط 2،قم،1423هـ.

127. الكركي: عليّ بن الحسين، (ت 940 هـ)، جامع المقاصد في شرح القواعد، تحقيق و طبع: مؤسسة آل البيت(ع) لاحياء التراث ،ط2، قم، 1408 هـ.

128. المحقق الكركي،علي بن الحسين(ت:940هـ) رسائل المحقق الكركي، تحقيق : الشيخ محمد الحسون ،اشراف :السيد محمود المرعشي،منشورات مكتبة المرعشي،،ط1،قم،1409هـ.

129. الكليني: أبو جعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق الرازي، (ت 329 هـ)، الكافي، تحقيق: عليّ اكبر غفاري، دار الكتب الاسلامية، ط5، طهران، 1363 هـ.

130. ابن ماجة:أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني (ت: 273 هـ).سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت .

131. مالك بن أنس (ت 179 هـ) ، المدونة الكبرى رواية سحنون (ت 240هـ)، عن عبد الرحمن بن القاسم (ت 191 هـ) ، دار صادر ،ط1 ، بيروت .

132. مالك مصطفى وهبي العاملي (الشيخ)، قضايا فقهية معاصرة ، دار الهادي ،ط1 ،بيروت،1427هـ،2006م.

133. الماوردي :علي بن مُحَمَّد (ت450هـ(،الحاوي الكبير ، تحقيق : الدكتور مَحْمُوْد مطرجي ، دار الفكر ، بيروت – لبنان ، 1414هـ – 1994م .

134. الماوردي: أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري (ت: 450 هـ)، الأحكام السلطانية، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، 1427 هـ - 2006م

135. الماوردي: علي بن مُحَمَّد بن حبيب (ت450هـ(الإقناع الإقناع في الفقه الشافعي ، تحقيق : خضر مُحَمَّد خضر ، مكتبة دار العروبة ، الكويت – الصفاة ، الطبعة الأولى ،1402هـ – 1982م .

136. مجمع الفقه الاسلامي ،الدورة 11، المنعقدة في الفترة 13-20 رجب 1409هـ المواقف 19-26 شباط ، 1989.

137. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مطبعة المجمع، القاهرة، ط2، 1970م.

138. محسن الحكيم ،(السيد)، نهج الفقاهة ، إنتشارات 22 بهمن ، قم ، إيران ، (د.ت) .

139. محسن الحكيم(السيد) ، مستمسك العروة الوثقى مؤسسة اسماعيليان،ط5 ،قم،1411هـ.

140. محسن الخرازي (السيد) ، بحوث مهمة في المكاسب المحرمة،مطبعة كيميا،ط1،قم ،1423هـ .

141. المحقق الاردبيلي، المولى أحمد بن محمد النجفي (ت: 993 هـ). ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الاذهان ، مؤسسة النشر الاسلامي ، ط4، 1424هـ ، قم .

142. المحقق الحلي ،أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (ت : 676هـ) ، شرائع الأسلام في مسائل الحلال والحرام ، تعليق السيد صادق الشيرازي ، مطبعة أمير ، قم ، ط2 ، 1409هـ.

143. محمد محمد صادق الصدر(السيد)، (ت 1999 م)، ما وراء الفقه، الناشر: محبين المطبعة: اميران، ط2، قم، 1426 . 2005

144. محمد اسحاق الفياض (الشيخ) ، المسائل المستحدثة، مؤسسة محمد رفيع حسين معرفي، ط1، الكويت، 1426 هـ . 2005 م.

145. محمد اسحاق الفياض(الشيخ) ، الأراضي مطبعة الاداب ،النجف الاشرف،1981م

146. محمد اصف المحسني (الشيخ) ، الفقه والمسائل الطبية،مطبعة ياران،ط1،قم ،د.ت.

147. محمد السباعي(الدكتور) ، خصخصة السجون،دار الجامعة الجديدة،ط1،الاسكندرية،2009م.

148. محمد الشنقيطي احكام الجراحة الطبية والاثار المترتبة عليها ،مكتبة الصحابة،ط2، جدة،1415هـ،1994م .

149. محمد المتولي ، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية التطبيق ،الدار الجامعية ،ط1 ،الاسكندرية ،2007م.

150. محمد المؤمن القمي(الشيخ) ، كلمات سديدة في مسائل جديدة ،مؤسسة النشر الاسلامي،ط1،قم،1415هـ

151. محمد باقر الصدر بحوث في شرح العروة الوثقى،دار التعارف للمطبوعات،ط1،بيروت،1408هـ.1988م.

152. محمد باقر الصدر(السيد)، (ت 1401 هـ)، اقتصادنا، تحقيق: مكتب الإعلام الإسلامي . خراسان ، ط1، ايران، 1423 هـ.

153. محمد بحر العلوم ، بلغة الفقيه ، شرح وتعليق : محمد تقي آل بحر العلوم ، مكتبة الصادقة ، ط4، طهران ، 1403هـ – 1984م، 27/1.

154. محمد بن عبد الله الزركشي(ت:794هـ)، اعلام الساجد باحكام المساجد،تحقيق:الشيخ ابو الوفا مصطفى المراغي،المجلس الاعلى للشؤن الاسلامية لجنة احياء التراث الاسلامي،ط3،القاهرة ،1428هـ،2007م.

155. محمد بن علي الموسوي العاملي (السيد) : مدارك الأحكام في شرح شرائع الإسلام ، تحقيق مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث ، ط1، مشهد المقدسة ، 1410هـ .

156. محمد تقي البروجردي النجفي ، نهاية الأفكار ، تقريرا لابحاث اغاضيا الدين العراقي ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم المقدسة ، 34/4، ط ، ت.

157. محمد حسن المامقاني (ت:1323هـ)، غاية الأفكار ،تحقيق :الشيخ محمد امين المامقاني،مطبعة ثامن الحجج(ع)،ط1،قم ،1423هـ.

158. محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، دار الكتب الإسلامية ، ط7، طهران ، 1392هـ ، 56/38.

159. محمد حسن النجفي(الشيخ) ، نجاة العباد ، ، عن متن كتاب شرح نجاة العباد ، مؤسسة النشر الإسلامي ،ط1 ،1420هـ .

160. محمد حسين الاشتياني ، كتاب القضاء ، دار الهجرة ، ط1، 1404هـ ، ايران ، قم ، 233.

161. محمد حسين الأصفهاني ، حاشية المكاسب ، تحقيق عباس محمد آل سباع القطيفي ، مؤسسة ذوي القربى ، ط2، 1427هـ ، 24/1.

162. محمد حسين الطباطبائي(السيد) ، ، الميزان في تفسير القرآن ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، ط1، بيروت ، 1417هـ – 1997

163. محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة ، ط1، الاسكندرية ، 2009م، ص15.

164. محمد سعيد الحكيم (السيد) ، مصباح المنهاج مؤسسة الحكمة للثقافة الاسلامية ،ط2،بيروت،1428هـ،2007م.
165. محمد سند(الشيخ) ، فقه الطب و التضخم النقدي ،بقلم:السيد محمد حسن الرضوي،مؤسسة ام القرى،ط1،بيروت،1423هـ،2004م.
166. محمد سيد طنطاوي (الشيخ) ، حكم بيع الإنسان العضو من اعضائه أو التبرع به ، بحث منشور بندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية ، الكويت 1407هـ - 1987م.
167. محمد صادق الروحاني (السيد)، المسائل المستحدثة،دار الكتاب ،ط4 ، ، قم ،1414هـ .
168. محمد صنقور عليّ ، المعجم الاصولي، منشورات نقش، مطبعة عترت . ط2 ، 1426 هـ
169. محمد عبد الرحيم الكشكي ، التركة وما يتعلق بها من حقوق ، دار النذير ، ساعدت جامعة بغداد على نشره ، ط1، 1967 ، بغداد
170. محمد علي الانصاري الموسوعة الفقهية المسيرة ، نشر مجمع الفكر الاسلامي ، قم ، ط2، 1422هـ.
171. محمد عليش ن منح الجليل على مختصر خليل ،دار الفكر ،ط1،بيروت،1409هـ
172. محمد كاظم الاخوند الخراساني ، حاشية كتاب المكاسب ، تعليق : عهدي شمس الدين ، الارشاد الاسلامي ط1، قم ، 1406هـ ، ص4.
173. محمد كاظم الطباطبائي اليزدي ، حاشية المكاسب ، مؤسسة اسماعليان ، ط1، قم ، 1378هـ.
174. محمد محمود بن أحمد العيني : البناية بشرح الهداية :تصحيح المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الّرامفوري ، دار الفكر، ط1 . 1401 هـ 1981 م

175. محمد مهدي الاصفي ملكية الأرض في الاسلام مؤسسة النشر الاسلامي،ط1،قم،1413.

176. محمد ناصر الدين الالباني، الروضة الندية ، تحقيق: علي حسين الحلبي . القاهرة : دار ابن عفان ،ط1، 1999م

177. محمود المظفر (الدكتور) ، الثروة المعدنية ، دار الحق ، ط2، بيروت ، 1419هـ- 1998.

178. محمود المظفر (الدكتور) : احياء الأرض الموات دار الحق ، ط1،بيروت .

179. المرتضى ابن : شرح الأزهار، مكتبة حجازي، القاهرة، ط1، 1357 هـ

180. المرتضى ابن: احمد بن يحيى ، البحر الزخار الجامع المذاهب علماء الامصار ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1422هـ-2001م، بيروت

181. مرتضى الترابي(الشيخ) ، عقد البناء والتشغيل والإعادة ، مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة 19الشارقة .

182. مرتضى بن محمد امين الانصاري ، كتاب المكاسب ، تحقيق : لجنة تحقيق تراث الاعظم ، مطبعة الباقري ، ط1، قم ، 1415هـ .

183. المرداوي ،علاء الدين علي بن سلام(ت 885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، دار الكتب العلمية – بيروت

184. مرعي بن يوسف الحنبلي(الشيخ)،(ت:1033ه)،غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى ،ط1،د.مطبعة ،د.ت.

185. المرغياني ،برهان الدين علي بن أبي بكر (ت 593هـ) ،الهداية شرح بداية المبتدى مع فتح القدير ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ، ط 1 ، 1389 هـ - 1970

186. مروان محي الدين القطب(الدكتور) ، خصخصة المرافق العامة دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية ،ط1،بيروت ،2009م.

187. المشكيني، الميرزا علي، اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها، مطبعة الهادي، قم، ط8، 1423 هـ .

188. مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ،دار القلم ،ط1،دمشق،1998

189. مصطفى الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام ، دار القلم ،ط1،دمشق ،1998

190. مصطفى السيوطي الرحيباوي، مطالب أولي النهى ‘، المطبعة الحيدرية ، 1380

191. أبو المظفر محي الدين محمد اورنك ،الفتاوى الهندية ، المطبعة الكبرى الاميرية، ط2 ، 1310هـ .

192. ابن مفلح: مُحَمَّد بن مفلح المقدسي أبو عَبْد الله (ت762هـ(الفروع ، تحقيق : أبي الزهراء حازم الْقَاضِي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 1418هـ .

193. المفيد، ابو عبدالله بن محمد النعمان العكبري البغدادي، (ت 413 هـ)، المقنعة، تحقيق: مؤسسة النشر الاسلامي، نشر المؤسسة التابعة لجماعة المدرسين، ط2، قم، 1410 هـ.

194. المقدسي، بهاء الدين عبد الرحمن ابراهيم (ت:624هـ) ، العدة في شرح العمدة،المطبعة السلفية ،ط2، 1382هـ.

195. المناوي ، محمد عبد عبد الرؤوف ،(ت1331هـ) ، فيض القدير فيض القديرشرح الجامع الصغير ،تحقيق : أحمد عبد السلام ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ط1 – 1415هـ .

196. ابن منظور: محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ، تحقيق : عامر احمد دار الكتب العليمة ، ط1، بيروت ، 1426هـ.

197. مهدي كاشف الغطاء(الشيخ) ، احكام المتاجر ،تحقيق الشيخ تحسين البلداوي،مؤسسة كاشف الغطاء،مطبعة شركة صبح للطباعة والتجليد،ط1،بيروت،1431-2010م.

198. ابن مودود الموصلي: الاختيار التعليل المختار الإختيار لتعليل المختار (ت683هـ(، تعليق:الشَّيْخ مَحْمُوْد أبي دقيقة ، دار الكتب العلمية ، بيروت –لبنان

199. موسوعة الفقه الإسلامي،المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية،القاهرة،1427هـ-2006م.

200. الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، مطبعة الموسوعة الفقهية ، الطبعة الثالثة ، 1407هـ - 1986م .

201. ناصر مكارم الشيرازي (الشيخ)، بحوث فقهية هامة ،مدرسة الامام عليّ بن أبي طالب نشر، نسل جوان للطباعة والنشر، ط1، قم، 1422 هـ.

202. ناصر مكارم الشيرازي (الشيخ)، القواعد الفقهية ،مطبعة مدرسة الإمام أمير المؤمنين (ع) ،ط3،قم ،1414هـ .

203. النائيني، الميرزا محمد حسين، (ت1355 هـ)، منية الطالب في شرح المكاسب بقلم: الشيخ موسى بن محمد النجفي الخوانساري (ت: 1363هـ)، تحقيق: ونشر: مؤسسة النشر الاسلامي، ط1، قم، 1418 هـ

204. النائيني،محمد حسين(الشيخ)، المكاسب والبيع :بقلم:الشيخ محمد تقي الاملي،مؤسسة النشر الاسلامي،ط2،قم،1422هـ .

205. ابن النجار:محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي ت972هـ، منتهى الإرادات ، دار الجيل،ط1، - مصر ، 1381 .

206. ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، الاشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، وضع حواشيه : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت 1419هـ - 1999م.

207. ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الحنفي (ت : 970هـ) ، البحر الرائق – شرح كنز الدقائق ،تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية، ط1 ، بيروت ، لبنان ، ، 1418هـ – 1997 م

208. النراقي، المحقق أحمد بن محمد مهدي بن أبي ذر الكاشاني (ت: 1245 هـ)،مستند الشيعة إلىٰ أحكام الشريعة، تحقيق: مؤسسة آل البيت : لإحياء التراث، مطبعة ستارة، قم، ط1، 1416 هـ .

209. النراقي، عوائد الايام ، مركز الابحاث والدراسات الإسلامية ، ط1، 1417هـ .

210. النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف الدمشقي ، روضة الطالبين ، تحقيق : عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط3، 1427هـ

211. أبو هلال العسكري: الحسن بن عبد الله بن سهل (ت: بعد 395 هـ)، الفروق اللغوية، طبع وتحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، ط1، 1412هـ ، ص27/272،

212. ابن الهمام:كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الحنفي (ت 681 هـ)، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدى ،مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ط 1 ، 1389 هـ – 1970 م

213. وهبة الزحيلي (الدكتور) ، الفقه الاسلامي وادلته ، دار الفكر، ط3، ، دمشق، 1416هـ

214. ياسين عيسى العاملي ، الاصطلاحات الفقهية في الرسائل العملية ، دار البلاغة،ط1، بيروت،1413هـ،1993م .

215. يحيى بن سعيد الحلي(ت: هـ)،الجامع للشرائع ،تحقيق:جمع من الفضلاء،دار الاضواء،ط2،بيروت،1986هـ

216. يحيى زكريا بن درويش الأنصاري(ت 926 هـ) أبو ،اسنى المطالب في شرح روض الطالب ، دار مصطفى محمد و مصر – ط1 ، 1355 .

217. اليزدي ، محمد كاظم الطباطبائي، (ت 1337 هـ)، تكملة العروة الوثقى ، دار الصفوة،ط1،بيروت،2009م

218. اليزدي، ، العروة الوثقى، تحقيق: وطبع: مؤسسة النشر الاسلامي، ط1، قم، 1417 هـ

---

219. أبو يعلي: محمد بن الحسين الفراء ، الإحكام السلطانية ، صححه محمد حامد الفقي ، دار الكتب العلمية ، ط1، 2001، بيروت ، ص226.

220. ابو يوسف: يعقوب بن إبراهيم أبو يوسف الأنصاري 182 هـ الخراج ، دار المعرفة – بيروت .

221. يوسف القرضاوي (الشيخ)، زراعة الاعضاء ، دار الشروق ، ط1، 2010 القاهرة.

المجلات والدوريات:

****

222. عبد الحليم عوض الحلي ، حقوق الطبع محفوظة ام لا؟ ، مجلة فقه (أهل البيت) العدد (7)

223. عباس الموسوي ، مجلة فقه أهل البيت عدد (7) الغاء الخصوصية عند الفقهاء)

224. عبد السلام العبادي ، نظرية الحق بين الشريعة والقانون ، مجلة رسالة التقريب ، العدد الثاني المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، 1993.

225. عبد العزيز خليفة القصار(الدكتور) ، حكم تشريع الإنسان ،مجلة الحقوق،العدد (4)

226. كاظم الحائري(السيد) ، حق الابتكار ، مجلة الفكر الإسلامي العدد (12)،مجمع الفكر الاسلامي،السنة الثالثة ،1416ه،قم.

227. *مجلة الازهر ، الجزء العاشر ، السنة 55*

228.محسن الموسوي (السيد)، ملكية الأرض ، مجلة فقه (أهل البيت) ، العدد 26

229.محمد باقر الصدر(السيد) ، احياء الموات مجلة فقه أهل البيت (ع) العدد 12 و 65،

230.محمد تقي العثماني ، بيع الحقوق المجردة ،مجلة مجمع الفقه الاسلامي العدد(5)، 1412هـ،2007م،جدة،

231.منذر عبد الحسين الفضل (الدكتور)، الملكية ووظيفتها الاجتماعية في الشريعة الإسلامية ، مجلة الحقوق ، السنة السادسة ، العد الأول 1982، الكويت.

الرسائل الجامعية:

****

232.جنان حسن اكرم النعيمي مالية المنافع والحقوق ،رسالة ماجستير ،جامعة بغداد،1421هـ-2001م

محمد رضا عبد الجبار العاني ،نظرية ملك المنفعة وتطبيقها ، على عقد الاعارة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد كلية الشريعة .

شبكة المعلومات العالمية (الانترنت)

233. احمد العبادي (الدكتور)، الخصخصة في ميزان الشرع : www.hoffoaz.org

234.خالد سعد النجار (الدكتور) ، التبرع بالدم : w.w.w.alwaai.com

235.عمار (الشيخ)، الخصخصة وفق رؤية الإسلامية www.aslamonlain.com

236.فضل الله ممتاز، الفقه الإسلامي -WWW.ISLAMFEGH.COM-

237.منيـر الخبـاز ، اليـد فـي المنـافع ، شـبكة المنيـر، w.w.w.almoneer.org،
.2008/10/24

Abstract

Praise be to God alone the Lord of Worlds ,Prayer and Peace upon His Messenger and His Pure Households'.

Studying the history of nations and societies shows that each nation or society has its own systems that control its individuals` behavior and acts and facilitate the society movement .

The Islamic legislation is of His Almighty God so it has a legal system with an everlasting effectiveness .

For the transaction aspect , it shows the right of possession features in details for which the scholars paid their attention, but there is an other aspect which is less but wider than the right of possession and had not been studied fully , it is the (right of utility) .

Many scholars believed that the western jurisprudence had put the features of the right theory especially in the transaction part .The legal theory of the Islamic legislation has its roots and originality as well as its dependence , it put forward the resolutions for each part relating this theory .

We find that there is no academic research in this subject and that is what motivated me to deal with it .

The study obtained the following results :-

-Most of the right meanings deals with the benefit , utility and obligatory .

-The most important feature of right , in its general meaning , is the diver specialization .

-Specialization , in its jurisprudential term , is divided into the preoperative specialization and the utility specialization

-The utility specialization , in its legal meaning , is used for the right that the Mujtahed for some thing .

Ministry of Higher Education & Scientific Research
University of Kufa
College of Jurisprudence

The Right of Utility

- A Contrastive Jurisprudential Study -

A Thesis Submitted to

:-

The Council of the College of Jurisprudence \ University of Kufa In Partial Fulfillment of the Requirements for the Master Degree in Share`a and Islamic Science

By :- Haider Hasen Diwan

Supervised by :-

Prof . Dr.Abdul Ameer Kadhim Zahed

2011 . AD
1432 .AH